Die Ersatzansprüche

des Inhabers eines ungedeckten Schecks gegen den Aussteller desselben.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

L. Hermann Harnisch,
Referendar im Bezirke des Kammergerichts.

Cottbus
Buchdruckerei Albert Heine
1909.

Referent: Prof. Dr. K. Lehmann.

Inhalt.

I.

Seite

§ 1. Der Begriff „Ersatzansprüche"; das Rechtsverhältnis zwischen dem Scheckinhaber und dem Bezogenen. Der Scheck ist Anweisung, nicht Zession . . . . . 1—9

II.

Die Ersatzansprüche des Scheckinhabers gegen den Aussteller.

1. Die Klage aus dem der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis.

§ 2. Die Hingabe der Anweisung erfolgt zahlungshalber. Der Rückgriff auf das Grundgeschäft ist erst nach dem vergeblichen Versuch, aus der Anweisung Befriedigung zu erlangen, gestattet. Dies gilt auch vom Scheck. A. A. v. Canstein . . . . . 9—12

§ 3. Die Klage aus dem Grundgeschäft folgt unmittelbar aus der Anweisungsnatur des Schecks. Vorheriger Einlösungsversuch des Schecks ist erforderlich, Versäumung desselben schließt die Klage jedoch nicht aus 13—15

§ 4. Der Rückgriff auf das Grundgeschäft kann nur gegen Rückgabe des noch vollgültigen Schecks vorgenommen werden, sofern der Schuldner ein Interesse daran hat. Ein solches ist beim Scheckaussteller nicht ersichtlich . . . . . 15—17

§ 5. Haftung des Schecknehmers für Verschulden bei Einziehung der Schecksumme. Beweislast 17

§ 6. Schenkung als causa der Scheckbegebung . . . . . 17—19

§ 7. Guthabenmangel als Hauptgrund der Einlösungsverweigerung. Recht des Scheckinhabers zur Ablehnung von Teilzahlungen . . . . . 19—20

2. Die Regreßklage.

§ 8. Rechtszustand vor Inkrafttreten des Scheckgesetzes, welches erst die Regreßklage einführt . . . . . 20—22

§ 9. Der Begriff des Guthabens . . . . . 22—23

§ 10. Der Scheckvertrag und seine juristische Natur . . . . . 23—31

Voraussetzungen der Regreßklage.

1. Auf seiten des Klägers.

§ 11. Nachweis rechtzeitiger Vorlegung des Schecks und unterbliebener Zahlung. Nachweis des vergeblichen Zahlungsversuchs . . . . . 31—34
§ 12. Der Bezogene als Inhaber des Schecks . . . . . 34—35
§ 13. Der Indossatar des Rektaschecks mit der negativen Orderklausel als Inhaber des Schecks . . . . . 35—36
§ 14. Der Indossant des Order- und der Namensstribent des Inhaberschecks als Inhaber des Schecks . . . . . 36—39
§ 15. Der Prokuraindossatar als Inhaber des Schecks 39

2. Auf seiten des Beklagten.

§ 16. Die Passivlegitimation 39
§ 17. Geschäftsunfähige, Minderjährige und Entmündigte als Scheckaussteller 39—42
§ 18. Schuldner aus Naturalobligationen als Scheckaussteller . . . . . 42—43
§ 19. Umfang der Regreßforderung. Verpflichtung des Klägers zur Aushändigung von Scheck, Präsentationsurkunde und Quittung. Verjährung. Gerichtszuständigkeit . . . . . 43—45

3. Die Bereicherungsklage.

§ 20. Die Rechtsbehelfe des Scheckinhabers nach Präjudizierung des Schecks außer der Bereicherungsklage . . . . . 45—47
§ 21. Das Wesen des Bereicherungsanspruchs. Seine Auffassung als:
1. Zivilklage schlechtweg
a) Klage aus dem Grundverhältnis,
b) condictio;
2. Schadensersatzklage;
3. Klage sui generis;
4. Wechselklage;
5. wechselrechtlicher Anspruch im weiteren Sinne . . . . . 47—52
Die Voraussetzungen der Bereicherungsklage
§ 22. 1. auf seiten des Klägers . . . . . 52—55
§ 23. 2. auf seiten des Beklagten . . . . . 55—58
§ 24. Das Ziel der Klage 58
§ 25. Die Beweislast . . . . . 58—59

4. Die Schadensersatzklage.

§ 26. Die Bestimmung des Scheckgesetzentwurfes von 1907 über den Schadensersatz . . . . . 59—60
§ 27. Das (dem BGB zu entnehmende) geltende Recht . . . . . 61—63

Literaturverzeichnis.

Apt, Scheckgesetz vom 11. März 1908. 1908.

Begründung zum Entwurf eines Scheckgesetzes.

Bernstein, Allgemeine deutsche und Allgemeine österreichische Wechselordnung. 1898.

Breit, Pflichten und Rechte des Bankiers unter dem neuen Scheckgesetz. 1908

„ Inhaberscheck und Regreßrechte. Ein Beitrag zum neuen Scheckrecht. In LZ Bd. 2 Nr. 4 (S. 258 ff.).

„ Der Entwurf eines Scheckgesetzes im Verhältnis zum BGB. In DJZ XIII, 4 (S. 240, 41).

„ Der Scheck mit alternativer Inhaberklausel. Eine Lücke im Scheckgesetzentwurf. Im BA VII, 10 (S. 151 ff.).

„ Scheckvertrag, Guthaben und Schadensersatz. In Holdheim XVII, 2.

„ Das Nachindossament im Scheckrecht. In JW 1908, Nr. 8 (S. 260 ff.).

„ Die Grundlagen des internen Scheckrechts. In Z. f. d. ges. Hs.- u. Kkr. 64. Bd. (S. 445 ff.).

Brunner, Der Entwurf eines Scheckgesetzes und das Blankoindossament. In DJZ XIII, 3 (S. 154 ff.).

Buff, Das deutsche Scheckgesetz. 1908.

von Canstein, Der Check nach dem österreichischen Gesetz v. 3. 4. 1906. 1906.

„ Zum vorläufigen Entwurf eines deutschen Scheckgesetzes. In LZ I, 9 (S. 610 ff.).

„ Check, Wechsel und deren Deckung. 1890.

„ Scheckrechtliche Betrachtungen. Im BA IV.

„ Lehrbuch des Wechselrechts. 1890.

Cohn, Der Scheck. Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften II, 1900.

„ Anweisung und Scheck. In Endemanns Hdbch. Bd. III, 1885.

„ Der Entwurf der Grundzüge für ein deutsches Scheckgesetz. 1880.

„ Zur Lehre vom Scheck. In Z. f. vgl. Rswss.) Bd. 1, 2.

Cohn, Die neuere Scheckgesetzgebung und Scheckgesetzentwürfe. Ebendort Bd. 11, 12.

Conrad, Handbuch des deutschen Scheckrechts unter Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung. 1908.

„ Das direkte Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen. Im BA VII (S. 43).

„ Die materiellen Voraussetzungen und die Form des Schecks. In Goldschm. Ztschr. Bd. 57 (S. 49 ff.).

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd 2. 1902.

Daude, Das Aufgebotsverfahren nach Reichs- und Preußischem Landrecht. 1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens II, 2; 3. Aufl. 1906.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 4. Bd. 1881—1885.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (= ROHG).

„ des Reichsgerichts in Zivilsachen (= RG).

Fick, Die Frage der Checkgesetzgebung auf dem europäischen Kontinent. 1897.

Grävell im Archiv für d. Wechselrecht Bd. 1.

Hanausek, der Scheck im Giroverkehr der österreichisch-ungarischen Bank. 1889.

Heim, Das Scheckgesetz. 1908.

Heuschel, Scheckgesetz. 1908.

Hoffmann, Der Scheck und das BGB. Im BA IV.

Hoppenstaedt, Der Scheckgesetzentwurf von 1907. Kritik und Abänderungsvorschläge. 1908.

„ Ein zweites Wort zum Scheckgesetz. 1892.

Jacobi, Der Scheck als Wertpapier. In Z. f. d. ges. Hs- u. Kkr. 63. Bd. (S. 86 ff.).

Klein, Eine neue Phase des deutschen Scheckrechts. In DJZ VIII, 2 (S. 37 ff.).

Koch, Der Giroverkehr und Gebrauch von Schecks als Zahlungsmittel. 1878.

Kuhlenbeck, Das deutsche Scheckgesetz. 1908.

Krüger, Das Indossament zu Inkassozwecken. 1906.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.

Lessing, Scheckgesetz. 1908.

Liebe, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 1848.

Loeb, Der Scheckgesetzentwurf. 1907.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 1898—1905.

Merzbacher, Das Scheckgesetz. 1908.

Moltmann, Ziel und Wege einer deutschen Scheckgesetzgebung. Im BA IV.

„ Entwurf eines Scheckgesetzes für das deutsche Reich. In Z. f. vgl. Rswss. Bd. 17.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Pavliček, Der Scheck. Eine vergleichende Studie mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Entwurfs. 1898.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 1900.
Rehbein, Wechselordnung mit Kommentar und Anmerkungen. 8. Aufl. 1908.
Renaud im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 47.
Rießer, Zum definitiven Entwurf eines deutschen Scheckgesetzes. Im BA VII. (S. 136 ff.).
„ Das Bedürfnis nach einem deutschen Scheckgesetz. In LZ I, 9 (S. 81 ff.).
„ Bemerkungen zum vorläufigen Entwurf eines deutschen Scheckgesetzes. 1908.
Schiebler, Das Scheckgesetz. 1908.
Siebenhaar im Archiv für d. Wechselrecht Bd. 15.
Simonson, Ein letztes Wort zum Scheckgesetzentwurf. In DJZ XII. 18.
„ Scheckrechtliche Betrachtungen. Im BA IV.
„ Nochmals der Scheck. Im BA VI.
Staub-Stranz, Kommentar zum HGB. 1097.
„ Kommentar zur WO. 1907.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. 1906.
Thöl, Das Wechselrecht. 4. Aufl. 1878.

Abkürzungen.

BA = Bankarchiv.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
Goldschm. Ztschr. = Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Holdheim = Holdheims Monatsschrift für Handels- und Bankwesen.
JW = Juristische Wochenschrift.
LZ = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Z. f. d. ges. Hs- u. Kkr. = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
Z. f. vgl. Rswss. = Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0135

I.

§ 1. A gibt B als Zahlung für ein gekauftes Pferd einen auf X gezogenen Scheck über 1000 Mk. Er hat bei X kein ausreichendes Guthaben, X verweigert daher die Einlösung.

B kann nun

1. auf das Kaufgeschäft zurückgreifen und unter Rückgabe des Schecks die actio venditi anstellen;
2. den Regreßanspruch aus der Scheckurkunde ausüben (§§ 15 ff. Sgef.);
3. den Bereicherungsanspruch gegen den Aussteller geltend machen (§ 21 Sgef.);
4. eventuelle Schadensersatzansprüche (nach BGB §§ 276, 823[2]. 826) erheben.

Wenn die genannten Ansprüche hier in einem weiteren Sinne als Ersatzansprüche bezeichnet werden, so ist die Bezeichnung insofern allerdings ungenau, als es ihnen gegenüber an einem Hauptanspruche fehlt. Gedacht ist als solcher natürlich das Einlösungsverlangen des Scheckinhabers gegenüber dem Bezogenen.

Der Scheckinhaber hat aber keinen Anspruch gegen den Bezogenen. In diesem Sinne hat unser Scheckgesetz endlich die bisher sehr streitige und viel erörterte Frage des unmittelbaren Klagerechts des Scheckinhabers gegen den Bezogenen entschieden.

Von der ausländischen Scheckgesetzgebung erwähnt, soweit ich sehe, nur das niederländische Scheckrecht diese Klage. Art. 224 des niederl. HGBs v. 1838[1]) bestimmt nämlich: „Der ursprüngliche

[1]) Bei Borchardt, Die Handelsgesetze des Erdballs. 3. Aufl.

Aussteller, der infolge vorstehender Bestimmungen von aller Verantwortlichkeit befreit ist, ist jedoch verpflichtet, dem Inhaber auf dessen Kosten die erforderlichen Beweisstücke zu verschaffen, um sein Recht gegen den, auf den das Papier abgegeben war, geltend zu machen." Treffend bemerkt hierzu Fick[1]), diese praktische holländische Regel zeige gerade, „daß der Schwerpunkt auch der direkten Klage des Inhabers gegen den Bezogenen eben doch auf dem Aussteller liegt."

Findet sich nun auch in den übrigen ausländischen Scheckgesetzen keine Bestimmung über die gedachte Klage, so ist dieselbe doch noch in manchen Ländern in Theorie und Praxis durchaus anerkannt, so namentlich in Frankreich und Belgien, auch wohl in Italien und Portugal[2]).

Auch die deutschen Scheckgesetzentwürfe von 1892 (§ 10) und vom 13. VII. 1907 (§ 11) begünstigten dies Klagerecht noch und bestimmten ausdrücklich, daß der Bezogene dem Scheckinhaber für die Zahlung des Scheckbetrages, soweit er zur Zeit der Vorlegung des Schecks dem Aussteller gegenüber zur Einlösung desselben verpflichtet sei, h a f t e, und daß ein Widerruf des Schecks seitens des Ausstellers dem Bezogenen gegenüber nur nach Ablauf der Vorlegungsfrist wirksam sei (Gesetz § 13 Abs. 3).

Nach der Begründung zum Entwurf I (S. 21) sollte „dem Schecknehmer dafür, daß er nicht tatsächlich in den Besitz der Geldsumme gelangt, jede im Rahmen unseres Rechtssystems erreichbare Sicherheit gewährt werden und so der Unterschied zwischen sofortiger Barzahlung und Zahlung mittels Scheck tunlichst zurücktreten." Es kann, heißt es dort ferner (S. 47), als des Ausstellers präsumptiver Wille vorausgesetzt werden, daß der Scheckinhaber ermächtigt sein soll, seinen Anspruch gegen den Bezogenen als **procurator in rem suam** geltend zu machen (vgl. Pr. Allg. LR I, 16 § 281).

---

[1]) S. 423.

[2]) Näheres bei Cohn in Z. f. vgl. Rswss. III S. 90; Apt S. 91.

Dem gegenüber zieht nun die Begründung[1]) des jüngsten, Gesetz gewordenen, von Brunner[2]) sg. Bundesrats-Entwurfs folgendes in Betracht: „Der Anspruch des Scheckinhabers gründet sich auf das dem Scheckinhaber völlig unbekannte, unter Umständen erst durch langwierige Prozesse zu erkundende Rechtsverhältnis zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen. Während für den Scheckverkehr gerade einfachste und durchaus klare Rechtsgrundsätze geschaffen werden sollten, wird der Scheckinhaber mit seinem unmittelbaren Anspruche gegen den Bezogenen auf einen Weg gewiesen, der zu vielfachen Streitigkeiten führt und daher geeignet ist, einerseits bei dem Bezogenen die Neigung zur Einräumung von Scheckkonten an weitere Kreise abzuschwächen, andrerseits bei dem großen Publikum den Scheck in Mißkredit zu bringen. Die Haftung gegenüber jedem Inhaber setzt den Bezogenen der Gefahr aus, Prozesse gegen ihm völlig unbekannte und geschäftsfremde Dritte führen zu müssen. In der Praxis ist es insbesondere bei starkem Scheckverkehr für den Bezogenen unmöglich, die Verantwortung dafür zu übernehmen, daß nicht vor der Feststellung über das Vorhandensein der Deckung für einen mit der Post eingegangenen sg. Korrespondenzscheck ein zweiter aus demselben Guthaben zu befriedigender Scheck an der Tageskasse vorgelegt und trotz seiner späteren Einlieferung früher eingelöst wird. In dieser Unsicherheit liegt wiederum die Quelle vielfacher Streitigkeiten. Die Sicherheit, die man durch Gewährung des Klagerechts zu erreichen denkt, ist eine trügerische schon aus dem Grunde, weil der Inhaber für die Verfolgung seines Rechts lediglich von der Unterstützung des Ausstellers und von dessen gutem Willen abhängig ist. Dem Scheckinhaber stehen in dem Sprungregresse gegen den Aussteller und die sonstigen Vormänner, den er im Wechselprozeßverfahren durchführen kann (§ 28,2), viel wirksamere und rascher zum Ziele führende Rechtsmittel zur Verfügung, als ihm durch das Klagerecht gegen den Bezogenen jemals gewährt werden können. Dazu kommt, daß der Bezogene schon im Inter-

[1]) S. 14.
[2]) in der DJZ XIII Nr. 3 S. 154.

esse seines geschäftlichen Ansehens darauf halten muß, rechtzeitig vorgelegte Schecks auch einzulösen. Der zahlungsfähige Bezogene hat daher keinen Anlaß, die Einlösung eines Schecks abzulehnen, solange und soweit er durch den mit dem Aussteller abgeschlossenen Scheckvertrag zur Einlösung verpflichtet ist. Gegen einen zahlungsunfähigen Bezogenen, oder wenn der Bezogene auf Grund des Scheckvertrags zur Einlösung nicht verpflichtet ist, schützt das Klagerecht den Scheckinhaber nicht. So trägt das Klagerecht zur Förderung des Scheckverkehrs nicht bei, wohl aber ist zu befürchten, daß es ihn diskreditiert. Gerade im Interesse der Einführung des Schecks in die breiten Schichten unserer an den Scheckverkehr bisher ohnehin nicht gewöhnten Bevölkerung liegt es, nur solche Vorschriften gutzuheißen, von denen eine Förderung des Verkehrs zu erwarten ist. Die Vertreter unserer Banken haben sich deshalb mit Entschiedenheit gegen das selbständige Klagerecht des Scheckinhabers ausgesprochen."

Fast die gleichen Erwägungen finden sich in den „erläuternden Bemerkungen" des österreichischen Entwurfs (S. 26): „Stets bildet, und das ist das praktisch Ausschlaggebende, ein dem Scheknehmer fremdes Verhältnis das Klagfundament. Daraus ergibt sich, daß der Scheckinhaber, weil er allen hier maßgebenden Vereinbarungen und Abmachungen fernsteht, höchst selten für sich allein wird klagen können; er ist vielmehr dabei in aller Regel an die intensivste Mitwirkung des Ausstellers gewiesen. Dieser kennt die Tatsachen, verfügt über die Beweise, vermag allein alle aus den persönlichen Beziehungen geschöpften Einwendungen des Geklagten zu widerlegen, kurz, trotz der formellen Klägerrolle des Checkinhabers bleiben prozessual — wie sie es materiellrechtlich sind — Aussteller und Bezogener die Hauptpersonen. Dem Checkinhaber nützt, wenn ihm der Aussteller nicht beisteht, das direkte Klagerecht äußerst wenig; viel wahrscheinlicher ist es, daß er ohne diese Mithilfe den Prozeß verliert und sich dadurch schädigt. Dazu kommt, die Möglichkeit, in einem langwierigen Prozesse zu siegen, ist für den Checkinhaber alles eher, denn ein wirksames Agens. Das Klagerecht gegen den

Bezogenen wird keine Anziehungskraft ausüben können, denn, wer den Check nimmt, dem gebührt bereits die Zahlung, mit dem Prozesse ist ihm nicht geholfen . . ."

Auch in der Literatur ist die Frage reichlich behandelt, ist der Anspruch des Scheckinhabers gegen den Bezogenen viel vertreten und viel bekämpft worden.[1])

Für den Anspruch hat sich zunächst Cohn[2]) erklärt, da derselbe unter Umständen, z. B. im Falle des Todes, der Abwesenheit oder bei Insolvenz des Ausstellers, zweckmäßig sei. Juristisch konstruiert er den Anspruch dadurch, daß er den sg. Scheckvertrag als eine Vollmachtserteilung des Bezogenen an den Aussteller auffaßt und nun den Aussteller als Bevollmächtigten des Bezogenen handeln läßt, sodaß seine (des Ausstellers) Willenserklärungen (= die Scheckziehung) unmittelbar gegen den Vertretenen (= den Bezogenen) wirken (§ 164 BGB). S. S. 27.

Auch Kohler[3]) und Hoffmann[4]) sind für den Anspruch eingetreten.

Seinen Hauptvertreter hat derselbe aber in v. Canstein gefunden. Canstein konstruiert (wie Kohler) das direkte Klagerecht des Inhabers gegen den Bezogenen dadurch, daß er die Scheckbegebung als Zession des Guthabens auffaßt: der Anspruch, welcher Art er sei, den der Aussteller wegen seines Guthabens gegen den Bankier habe, werde durch Vertrag auf den Schecknehmer übertragen, sodaß dieser als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen, des Ausstellers, trete (§ 398 BGB). Der Schecknehmer könne nun die dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Klagen, welche immer es seien (actio depositi regularis oder irregu-

---

[1]) Vgl. Conrad, das direkte Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Scheckbezogenen, im BA VII S. 43.

[2]) In Z f. vgl. Rswss. III S. 95 und in Z für das ges. Hs.- u. Kkr Bd. 61 S. 77 ff.

[3]) Im Arch. f. bgl. R. 13 S. 232.

[4]) Im BA IV S. 134.

laris, actio ex pacto de mutuo dando etc.), im eigenen Namen, zu seinen Gunsten, für eigene Rechnung geltend machen.

Diese Zessionstheorie hat v. Canstein zuerst in seinem Werke „Check, Wechsel und deren Deckung“[1]) aufgestellt und sie dann in vielen kleineren Arbeiten[2]) immer wieder mit großer Energie, namentlich gegen die immer einflußreicher werdende Anweisungstheorie vertreten. Im Hinblick auf die erwähnte Bestimmung des deutschen Entwurfes v. 13. 7. 1097 schrieb er noch beinahe in letzter Stunde:[3]) „Die Unwiderruflichkeit des Schecks und die dem Scheckinhaber als Sanktion der Unwiderruflichkeit gewährte Klage gegen den Bezogenen charakterisieren den Scheck als Zession und schließen die Konstruktion desselben als bloße Anweisung aus, indem es nun nicht mehr in das Belieben des Bezogenen gestellt ist, ob er den Scheck zahlen wolle oder nicht (§§ 783, 787 BGB).“

Auch Moltmann[4]) befürwortet den Anspruch des Scheckinhabers gegen den Bezogenen: „Der Anspruch muß dem Scheckberechtigten, wie Canstein richtig erkennt, ebenso von den deutschen wie von den fremdländischen Rechten zugestanden werden.“ Aber er konstruiert ihn anders als Canstein. Die Zessionstheorie hält er für falsch. Um die Scheckausstellung als Zession auffassen zu können, muß nach seiner Meinung unbedingt z. B. der Ausstellung eine Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen in Höhe des Schecks bestehen. Nun folge aber weder aus dem Wesen des Schecks, noch entspreche es der Praxis, daß bereits im Augenblick der Ausstellung der Aussteller ein genügendes Guthaben besitze. „Die ganze Cansteinsche Konstruktion des unmittelbaren Rechts gegen den Bezogenen, die sich auf der Zession des im Augenblick der Ausstellung vorhandenen Guthabens aufbaut, fällt damit in sich zusammen, daß das Guthaben zwar zu dieser Zeit vorhanden sein k a n n, aber nicht m u ß.“ Wie Cohn, findet nun auch Moltmann die Wurzel des Anspruchs

[1]) S. 140. 174. 71.

[2]) z. B. „Der Scheck in dem österreichischen Gesetz v. 3. 4. 1906“ Berlin 1906 S. 164 ff, ferner in Z f. das ges. Hs- u. Kkr. Bd. 60 S. 164 ff.

[3]) In LZ I Nr. 9 S. 609.

[4]) Im BA IV, 2 S. 25. 26.

im Scheckvertrage, den er aber, im Gegensatz zu Cohn, als einen Vertrag aus § 328 BGB (Vertrag zu Gunsten Dritter) auffaßt. Ueber die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ist ebenfalls S. 26 ff. zu sprechen. Aber auch die Gründe, mit denen Moltmann die Canstein'sche Zessionstheorie bekämpft, greifen nicht durch. Dies hat bereits Simonson[1]) erörtert. Er hält ihm mit Recht entgegen, daß für das deutsche Recht nach mehrfachen jüngsten Entscheidungen des Reichsgerichts (55, 334) die Abtretung zukünftiger Forderungen zulässig sei.

Im einzelnen ist der Zessionstheorie in der Tat schwer beizukommen. Aber der ganzen eigenartigen Ausgestaltung, Handhabung und wirtschaftlichen Bedeutung des Scheckinstituts werden weit eher als die Sätze über die Zession die über die Anweisung gerecht. Freilich, der deutsche Entwurf von 1892 noch selbst (der ja auch die direkte Klage des Inhabers gegen den Bezogenen begünstigte) ist der Anweisungstheorie feindlich. Er spricht nur von der „Aufforderung", nicht Anweisung, des Ausstellers, weil (wie die Begründung S. 18 u. 30 sagt) bei Gebrauch des Wortes „Anweisung" das Mißverständnis möglich gewesen wäre, der Check folge den Rechtsregeln über Anweisung.

Nach der Anweisungstheorie ist der Scheck eine Anweisung i. S. der §§ 783 ff. BGB, also eine Urkunde, in welcher der Aussteller einen anderen anweist, Geld .... an einen bestimmten Dritten zu leisten, sodaß dieser ermächtigt ist, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben, der Angewiesene ermächtigt ist, für Rechnung des Anweisenden (Ausstellers) an den Anweisungsempfänger zu leisten.

Als eine in ihren Grundzügen so qualifizierte Urkunde hat schon von Anfang an die Wissenschaft die Rechtsnatur des Schecks vorwiegend aufgefaßt, sodaß die Konstruktion des Schecks als Anweisung seit langem als die herrschende galt.) Von den vielen Vertretern dieser Theorie seien nur genannt: Dernburg,[3]) Planck,[4])

---

[1]) Im BA IV, 5 S. 71.
[2]) Fick S. 38.
[3]) Bd. II, 2 S. 256.
[4]) Bd. II, S. 533.

Lehmann,[1]) v. Staudinger,[2]) Rießer,[3]) Simonson,[4]) Pavlicek,[5]) Fick,[6]) Conrad,[7]) Hoffmann,[8]) Buff,[9]) Lessing,[10]) usw.

Das deutsche Scheckgesetz vom 11. 3. 1908 endlich hat der Zessionstheorie ihre Hauptstütze, das unmittelbare Klagerecht des Inhabers gegen den Bezogenen, entzogen und läßt an der Anweisungsnatur des Schecks keinen Zweifel. „Nach dem deutschen Rechte fällt der Scheck unter den allgemeinen Begriff der Anweisung."[11])

So finden also nach unserem Rechte die Bestimmungen des BGBs über die Anweisung (§§ 783—792) auf die scheckrechtlichen Verhältnisse Anwendung, soweit das Scheckgesetz nicht ein anderes bestimmt.

Diese Bestimmungen kennen nun einen Anspruch des Anweisungsempfängers (Inhabers) gegen den Angewiesenen (Bezogenen) nicht ohne weiteres. Solange nämlich eine Annahme des Schecks nicht erfolgt ist, besteht ein Rechtsverhältnis zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen überhaupt nicht. Der Inhaber ist vielmehr lediglich ermächtigt, die Leistung bei dem Bezogenen im eigenen Namen zu erheben (§ 783). Allerdings ist der Angewiesene, wenn er die Anweisung annimmt, (was durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung geschieht,) dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung gegen Aushändigung der Anweisung verpflichtet (§§ 784, 785).

Dies gilt aber nicht für den Scheck. In dieser Beziehung schreibt eben das Scheckgesetz „ein anderes" vor, indem es nämlich sagt: „Der Scheck kann nicht angenommen werden. Ein auf den Scheck gesetzter Annahmevermerk gilt als nicht geschrieben." (§ 10).

Durch das hier verbotene Akzept würde allerdings der Bezogene zu einem selbständigen Schuldner werden und der Scheck-

[1]) S. 790. 791. 793.
[2]) Bd. II, 2 S. 1304.
[3]) Im BA S. 135 u. in LZ S. 84 ff.
[4]) Im BA IV.
[5]) a. a. O. S. 27.
[6]) S. 348.
[7]) S. 18. 51.
[8]) Im „Recht" 1904 S. 568.
[9]) S. 22.
[10]) S. 8. 9.
[11]) Begründg. S. 11.

inhaber den unmittelbaren Anspruch gegen den Bezogenen erhalten. Dies will aber das Gesetz nicht. Denn der Bezogene soll nach dem Charakter des Schecks nicht selbständiger Schuldner, sondern lediglich Zahlungsorgan sein.[1]) Zur Einlösung des Schecks verpflichtet ist der Bezogene nur dem Aussteller gegenüber nach Maßgabe des zwischen ihm und diesem vereinbarten sg. Scheckvertrages (S. 23 ff.) Verweigert also der Bezogene dem Präsentanten des Schecks ungerechtfertigterweise die Einlösung, so kann ihn der Aussteller aus dem Scheckvertrage auf die Honorierung des Schecks an den präsentierenden Inhaber verklagen (§ 611 ff. BGB).[2])

Der Inhaber hat aber auch selbst Klagen zur Verfügung. Das Gesetz gewährt ihm Ansprüche sowohl gegen den Aussteller als auch gegen seine Vormänner. Seine „Ersatzansprüche gegen den Aussteller" behandeln die folgenden Ausführungen.

II.

Die Ersatzansprüche des Scheckinhabers gegen den Aussteller.

1. Die Klage aus dem der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis.

§ 2. Gemäß § 788 BGB wird, wenn der Anweisende die Anweisung zu dem Zwecke, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken, erteilt, die Leistung erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt: Anweisung ist keine Zahlung.

Während das römische Recht den Grundsatz hatte: qui delegat solvit, läßt das moderne Recht die Uebergabe der Anweisung

[1]) Begründg. S. 11.

[2]) Conrad S. 279. Kuhlenbeck S. 17.

nicht an Erfüllungsstatt, sondern erfüllungshalber erfolgen. Die Annahme, daß die Hingabe der Anweisung an Erfüllungs *statt* geschehen sei, ist nur gerechtfertigt, wenn die Parteien dies ausdrücklich gewollt haben, wenn der Schuldner die Anweisung als Erfüllung gegeben, der Gläubiger sie als solche ausdrücklich genommen hat. Damit erlischt dann das Schuldverhältnis (§ 364,1 BGB).

Uebergibt A seinem Gläubiger B eine Anweisung auf Schuld, so geschieht dies mangels besonderer Abrede erfüllungshalber (**datio solutionis causa**). Es bleibt daher das der Anweisungsbegebung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft in Kraft, und der Anweisungsempfänger kann gegen Rückgabe der Anweisung auf die ihm aus diesem zustehende Klage zurückgreifen.

Ob er dies ohne weiteres oder erst dann tun darf, wenn er den Versuch gemacht hat, die angewiesene Leistung zu erheben, läßt das Gesetz unbestimmt. Das Gesetz *ermächtigt* nur, aber verpflichtet nicht den Empfänger, die Leistung beim Angewiesenen einzuziehen; denn oft ist die Anweisung nur im eigensten Interesse des Empfängers ausgehändigt.[1])

Die Frage ist allein aus der zu Grunde liegenden **causa** im Einzelfalle zu beantworten. In dem Falle nun, — und das ist wohl der praktisch weitaus häufigste — wo der Schuldner seinem Gläubiger zahlungshalber eine Anweisung gibt, erachtet heute die herrschende Ansicht durchaus als Wille der Parteien, daß der Anweisungsempfänger *verpflichtet* sei, die Erhebung der Leistung alsbald zu versuchen, und daß er *erst dann*, wenn die Anweisung nicht eingelöst ist, befugt sei, sich aus dem der Anweisungsbegebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis an den Anweisenden zu halten. Diese Ansicht hat auch das Reichsgericht[2]) vertreten, indem es ausführt:

„In der zahlungshalber erfolgenden Uebergabe und Empfangnahme einer Anweisung wird in der Regel der Wille der Par-

[1]) Crome Bd. II S. 923.

[2]) i. d. Entschdg. v. 5. XI. 01, abgedruckt in JW 1901 S. 867 u. (z. T.) im Recht 1902, Nr. 142, S. 44.

teien zum Ausdruck kommen, daß der Anweisungsempfänger zunächst seine Befriedigung beim Angewiesenen suchen und erst, wenn dieser Zahlung verweigert, sich wieder wegen der ursprünglichen Schuld an den Anweisenden zu halten befugt sein soll. Durch ein solches Abkommen tritt die ursprüngliche Schuld zeitweise in den Hintergrund; ihre Geltendmachung ist bedingt durch die Nichteinlösung seitens des Angewiesenen . . ."[1]).

Dies alles gilt auch vom Scheck. Auch der Scheck ist, wie die Anweisung, zunächst keine Zahlung, sondern nur Versuch der Zahlung. Die Begründung[2]) sagt: „Die Leistung mittels Schecks soll die Barzahlung ersetzen, ist aber nicht Barzahlung selbst. Es entspricht der Anweisungsnatur des Schecks, daß er ebensowenig wie die Anweisung unmittelbares Zahlungsmittel ist." Dies ist heute ganz unbestritten und war es nahezu schon bisher.[3])

Eine andere Ansicht vertrat hauptsächlich nur v. Canstein. Er lehrt[4]), die Scheckbegebung sei, gleich der Hingabe einer Banknote, datio in solutum. Dies sei gerade das Charakteristische des Schecks gegenüber dem Wechsel. Die Anweisung geschehe zahlungshalber, die Scheckziehung dagegen an Erfüllungsstatt. Der Scheck sei, anders als die Anweisung, ein eigentliches Zahlungsmittel, das, wie die Banknote, allgemein und regelmäßig

---

[1]) Vgl. v. Staudinger II, 2 S. 1316 u. die dort cit. A. A. war Dernburg in der 2. Auflg. II, 2 S. 221: „Der Empfänger ist — wenn nichts anderes vereinbart — berechtigt, sowohl den Anweisenden aus dem bisherigen Schuldverhältnis, als den Angewiesenen aus seiner Annahme zu verklagen, und zwar beide zu gleicher Zeit oder nacheinander, wie es ihm beliebt". Auflg. 3 S. 262 Anm. 3 gibt dagegen die oben vertretene Ansicht.

[2]) S. 13.

[3]) Vgl. Koch, Über Giroverkehr u. Gebrauch v. Checks als Zahlungsmittel, S. 31. 32. Cohn in Conrads Jhbch. 33, 490. Lessing S. 162, 163 u. d. dort Cit. Simonson im BA IV, 5, S. 72. Lehmann S. 796. 797: „Erst mit der Einlösung durch den Bankier wird die Leistung bewirkt. Der Scheck wird also im Zweifel nicht an Zahlungsstatt, sondern zahlungshalber gegeben."

[4]) bei Holdheim 1892 S. 62 und in: Check, Wechsel u. deren Deckung S. 2 und S. 116. S. auch Endemanns Handbuch S. 547.

an Zahlungsstatt gegeben und genommen werde. Der Scheck-nehmer erwerbe, wie der Zessionar, die Forderung des Scheckaus-stellers gegen den Bezogenen sofort, ohne Akzept des Bezogenen, als seine Forderung, die er im eigenen Namen geltend machen könne. Der Papiereigentümer werde beim Scheck gleichsam Eigentümer der (Guthaben-)Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen.

Auch diese Ansicht hat v. Canstein mit großer Ausdauer ver-teidigt. So sagt er erst neuerlich wieder[1]): „Der Schecknehmer glaubt gegenwärtig überall, wie in Frankreich, so in England, Deutschland und Oesterreich, daß er mit dem Scheck — ganz ebenso wie mit der Banknote — Zahlung erhalte, weil er ja nicht, wie beim Wechsel, seinem Schuldner Kredit geben, sondern Zahlung er-halten will. In diesem guten Glauben wird aber der Schecknehmer getäuscht, wenn ihm statt eines Zahlungsmittels ein Papier ge-boten wird, welches im Ernstfalle, wenn es zum Prozesse kommt, sich als wertloses Papier herausstellt."

Bei dieser Auffassung läßt v. Canstein die Scheckbegebung nur folgerichtig als Novation wirken, d. h. das ursprüngliche Schuld-verhältnis untergehen und an seine Stelle das durch die Scheck-begebung (= Zession) begründete treten. Damit schließt er jede Klage des Schecknehmers aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhält-nis aus.

Mit dieser Auffassung mußte v. Canstein unterliegen. Er gründet sie auf die Ueberzeugung, daß der Schecknehmer den Scheck in der Meinung nehme, damit Zahlung zu erhalten. Aber damit verkennt er die tatsächlich im Verkehr — mindestens über-wiegend — herrschende Auffassung des Schecknehmers, daß ihn der Scheckgeber mit dem Scheck lediglich zu bezahlen versucht, daß er ihn aber erst bezahlt hat, wenn ihm die reelle Leistung bewirkt worden ist.[2]) Bis dahin will er auf seine Vertragsklage keineswegs verzichten. — So kann man die Scheckbegebung mit Fick[3]) als reso-lutiv bedingte Zahlung auffassen.

[1]) Im BA IV, 7, S. 102.

[2]) Simonson im BA IV, 8; Lessing S. 163. [3]) S. 345.

§ 3. Dieser Auffassung tragen denn auch die meisten Scheckgesetzgebungen Rechnung, indem sie den Rückgriff auf die aus dem Grundverhältnis entspringende Klage zulassen. Das dem deutschen nahe verwandte österreichische „Gesetz v. 3. 4. 1906 über den Scheck" gewährt diese Klage ausdrücklich im § 19: „Soweit nichts anderes vereinbart ist, kann der Inhaber eines Schecks nach Erwerbung des Regreßrechts wegen des Anspruchs, zu dessen Befriedigung der Scheck ausgestellt oder begeben wurde, nach Wahl das Regreßrecht ausüben oder gegen Rückgabe des Schecks auf das zwischen ihm und dem Aussteller oder seinem unmittelbaren Vormanne bestehende, der Scheckausstellung oder Begebung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zurückgreifen. Letzteres steht dem Scheckinhaber mangels anderer Vereinbarung auch dann frei, wenn die rechtzeitige Präsentation und Protesterhebung (Präsentations-, Einlieferungsbestätigung) unterblieben oder das erworbene Regreßrecht durch Verjährung wieder erloschen ist; es muß sich jedoch der Scheckinhaber den Verlust in Abrechnung bringen lassen, den der Aussteller infolge der unterbliebenen oder verspäteten Präsentation bei dem Bezogenen erlitten hat."

Diese Vorschriften treffen auch für unser Scheckrecht zu.

Das deutsche Scheckgesetz erwähnt freilich gleich den meisten übrigen Scheckrechten die Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis nicht ausdrücklich, sondern läßt sie nur „vermöge logischer Konstruktion" als Recht gelten.[1])

Folgt nun auch die Klage selbst unmittelbar aus der Anweisungsnatur des Schecks[2]), so ist dies doch bezüglich einiger Nebenfragen nicht so ohne weiteres der Fall.

Schon die vorhin bei der Anweisung entsprechend erörterte Frage, ob der Scheckinhaber die Klage aus dem Grundverhältnis gegen den Aussteller sofort oder erst dann anstellen dürfe, wenn er

---

[1]) Fick S. 432. — Zur Aufnahme einer diesbezügl. Bestimmung in das Gesetz haben geraten: Simonson in der DJZ 12. Jhgg. S. 1000 und v. Canstein in der LZ 1907 Nr. 9 S. 617.

[2]) Pavliček S. 39.

sich vergeblich aus dem Scheck zu befriedigen gesucht hat, war lange streitig. Erst neuerlich noch ist Simonson[1]) in Bekämpfung anderer Ansicht noch besonders für die Notwendigkeit vorherigen Einlösungsversuches eingetreten, indem er ausführt: „M. E. entspricht es daher der Anschauung des Geschäftsverkehrs, daß der Empfänger dann auch das Seinige tut, um die eingeleitete Zahlung zur Vollendung zu bringen, und es kann ihm daher nicht das Recht zugestanden werden, ohne den Versuch der Zahlungsvollendung bei dem Bezogenen zu machen, wieder auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis zurückzukommen. Der Vertrag, der durch Geben und Nehmen des Schecks zustande kommt, erzeugt auch für den Nehmer Pflichten, von denen er sich nicht einseitig befreien kann. Er kann daher nur bei Unterbleiben der Zahlung trotz Vorlegung klagen."

Diese Ansicht ist heute kaum noch bestritten.[2])

Man darf jedoch nach dieser Richtung hin nicht zu weit gehen und nun mit Cohn[3]) dem Scheckinhaber, der die rechtzeitige Vorlegung des Schecks versäumt hat, die Vertragsklage versagen. Das geht nicht an, da dieselbe bereits vor der Scheckbegebung entstanden und durch die Scheckbegebung keineswegs tangiert worden ist, und da ferner der Geber des Schecks zu dessen Einlösung sich nur unter der Bedingung rechtzeitiger Vorlegung verpflichtet hat.[4]) Kommt also der Scheckinhaber seiner Vorlegungspflicht nicht nach, versucht er auch garnicht einmal, sich aus dem Scheck bezahlt zu machen, sondern läßt ihn verfallen, so steht ihm die Vertragsklage gegen den Geber auch dann noch zu, denn er ist eben aus dem (zahlungs-

---

[1]) Im BA IV, 6 S. 83 und vorher schon in Buschs Archiv 47, S. 22.

[2]) Lessing S. 163. Lehmann S. 796: „. . . Doch ist der Anweisungsempfänger gehalten, zunächst Befriedigung aus dem Scheck zu erstreben. Zu diesem Behufe hat er den Scheck innerhalb der vorgeschriebenen . . . . Frist dem Bankier vorzulegen . . ." S. auch S. 632 daselbst. Vgl. ferner: ROHG 7, 47, 48. 10, 48, 133. 17, 270.

[3]) In Z f. vgl. Rswss. Bd. XII, VIII, 4.

[4]) Simonson im BA IV, 6 S. 83. Lessing S. 164.

halber empfangenen) Scheck, wenn auch durch seine eigene Schuld, nicht befriedigt worden.

§ 4. Ein Umstand bleibt jedoch hierbei noch zu berücksichtigen. Es kann nämlich der Rückgriff auf die Zivilklage im allgemeinen nur gegen Rückgabe des Schecks vorgenommen werden. Und zwar des in voller Scheckkraft befindlichen.

Das österreichische Gesetz hebt diese Rückgabepflicht im § 19 ausdrücklich hervor. (S. S. 13.) Unser Gesetz enthält darüber nichts. Die Rückgabepflicht ist eben auch hier ohne weiteres aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses abzuleiten. Das ROHG (17, 271) erklärt sie für unzweifelhaft bestehend: Sie folge nicht direkt aus dem Gesetz. Allein, wenn überall dem Gläubiger nur gestattet werde, gegen Rückgabe der empfangenen Sache bare Zahlung zu beanspruchen, so sei hierin ein zur analogen Anwendung auf verwandte Fälle geeignetes Prinzip deutlich genug anerkannt. Dieselbe Entscheidung führt dann in Beantwortung der Frage, ob der Gläubiger, der einen Wechsel zahlungshalber empfangen habe, unter Rückgabe des präjudizierten Wechsels ohne weiteres auf die ursprüngliche Schuld zurückgreifen dürfe, folgendes aus:

„Aber es versteht sich weiter nach der Natur des Rechtsverhältnisses und dem verständigerweise anzunehmenden Willen der Beteiligten von selbst, daß der Wechselnehmer, wenn er auf die ursprüngliche Forderung zurückgreift, verbunden ist, seinem Schuldner — sofern dieser irgend ein Interesse daran hat — den zahlungshalber empfangenen Wechsel zu restituieren; daß ferner in dieser Beziehung nicht zwei einseitige, von einander unabhängige Schuldverhältnisse unterstellt werden dürfen, daß vielmehr die Zahlung aus dem Schuldverhältnis nur gegen Restitution des Wechsels beansprucht werden kann. Endlich ist klar, daß dem Wechselgeber mit der Rückgabe des bloßen Wechsel-Papiers nicht gedient ist. Standen ihm aus dem zahlungshalber hingegebenen Wechsel irgend welche Ansprüche, sei es gegen den Akzeptanten, sei es gegen Vormänner, zu, die zur Zeit der Rückgabe des Wechsels ganz oder teilweise erloschen sind, so ist er zur Rücknahme eines so vitiierten Pa-

piers, demgemäß aber auch zur Zahlung der ursprünglichen Schuld, welche nur gegen Rückgabe des unversehrten Wechsels zu erfolgen hat, mindestens dann nicht verbunden, wenn der dem Wechselnehmer obliegende Nachweis mißlingt, daß diese Vitiierung ohne sein vertretbares Verschulden eingetreten ist . . ."

Das ROHG hebt hier hervor, daß der Wechsel- (Scheck-) nehmer zur Restitution des Papiers an den Schuldner nur verbunden ist, sofern dieser irgend ein Interesse daran hat.

M. E. ist nun ein Interesse des Scheckausstellers am Rückempfange des Schecks nicht ersichtlich. Vormänner, an die er sich aus dem Scheck halten könnte, hat er nicht, und eine nochmalige Belangung aus demselben ist nicht zu befürchten. So wird der erste Schecknehmer immer auf die Klage aus dem Grundverhältnis zurückgreifen dürfen.

Dagegen nicht ein späterer Nehmer. Diese Frage kann hier jedoch dahingestellt bleiben (s. S. 46). Denn die Vertragsklage kann sich immer nur gegen den unmittelbaren Vormann richten.[1]) Ein späterer Schecknehmer könnte sie nur gegen seinen Scheckgeber, der den Scheck selbst erst bekommen hat, anstellen. Uns interessieren aber nur die Ansprüche gegen den Aussteller, und diesem gegenüber kann hier nur der erste Nehmer in Frage kommen.

Derselbe kann übrigens in gleicher Weise auf die Vertragsklage zurückgreifen, wenn das bereits erworbene Regreßrecht wieder verjährt ist (§ 20 Sges.), vorausgesetzt, daß die betr. Klage nicht aus anderen Gründen hinfällig geworden ist.

Klagt also B aus dem Pferdekaufgeschäft gegen A auf Zahlung der 1000 Mark mit der actio venditi ungeachtet des empfangenen Schecks und noch vor dessen Fälligkeit (ein Fall, der freilich bei der zehntägigen Lebensdauer des Schecks (§ 11) kaum eintreten dürfte), so würde er abgewiesen werden, da er sich zuerst aus dem Scheck zu befriedigen suchen muß und hierzu noch Gelegenheit

---

[1]) Conrad S. 273. Lessing S. 164.

ist. Klagt er *nach* Ablauf der Präsentationsfrist, so wird seiner Klage stattgegeben, auch wenn er nicht in der Lage ist, den unversehrten Scheck zurückzugeben, und A zur Zahlung der 1000 Mark verurteilt werden.

§ 5. Einen Einfluß übt die Scheckbegebung aber auf die Vertragsklage doch aus. Zweifellos haftet der Scheknehmer seinem Geber für jedes bei Einziehung der Scheksumme begangene *Verschulden* und begründet so einen zur Kompensation geeigneten Schadensersatzanspruch gegen sich.[1]) Hat nun der Scheckaussteller oder -geber infolge der schuldhafterweise verfehlten Vorlegung des Schecks einen *Schaden* erlitten, z. B. dadurch, daß er infolge Konkurses des Bezogenen eine Einbuße gehabt hat, so kann er seinen Verlust der Vertragsklage gegenüber im Wege der Aufrechnung geltend machen; der Scheckinhaber muß sich also von seiner Forderung den Schaden seines Scheckgebers in Abzug bringen lassen.[2]) In unserem Beispiel kann A einwenden, er habe durch die Schuld des B einen Schaden erlitten: der bezogene Bankier sei nach Ablauf der Präsentationsfrist in Konkurs gefallen, er (A) habe nur 50 % aus der Masse erhalten. Dies wäre vermieden worden, wenn B rechtzeitig den Scheck vorgelegt hätte.

Die Beweislastfrage kann m. E. nur dahin beantwortet werden, daß der aus dem der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis klagende Scheckempfänger lediglich seinen aus diesem Rechtsverhältnis entspringenden Anspruch, (z. B. die **actio venditi**) dartun muß, während der Beklagte und die Aufrechnung mit seinem Schaden einredeweise erklärende Scheckgeber Tatsache und Umfang des Schadens sowie das gegnerische Verschulden zu beweisen hat.[3])

§ 6. Einer kurzen besonderen Erörterung bedarf es noch für den Fall, daß das der Scheckbegebung zu Grunde liegende Rechts-

---

[1]) ROHG 17, 270.

[2]) Lehmann S. 797 u. die dort (Anm. 3) zitierte Entschdg. d. OLG Braunschweig im BA V S. 288. Simonson in DJZ 12 Jhgg. S. 1000. Henschel S. 61. Lessing S. 164.

[3]) Vgl. Simonson II im BA IV, 6 S. 83. ROHG 17, 271.

geschäft Schenkung ist. Denn zur Gültigkeit des (von dem dinglichen Veräußerungsgeschäft wohl zu unterscheidenden) Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der in §§ 780, 781 BGB bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung. Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (§ 518). Es fragt sich nun: Ist die Scheckhingabe lediglich Schenkungsversprechen oder ist sie bereits Bewirkung der Schenkung? Im ersteren Fall würde sie der Beurkundung bedürfen; ohne dieselbe wäre die Schenkung nichtig, und der Scheck könnte vom Empfänger kondiziert werden. Im anderen Falle ist die Schenkung durch die Hingabe des Schecks vollzogen, und der Mangel der Form damit geheilt. Der Empfänger könnte hier bei nicht erlangter Befriedigung aus dem Scheck noch aus der rechtsgültigen Schenkung klagen.

Die Frage ist nicht neu und besonders bei der Hingabe eines Wechsels erörtert worden. Endemann,[1]) Planck,[2]) v. Staudinger[3]) und Oertmann in der ersten Auflage seiner Schuldverhältnisse[4]) erblicken in der Hingabe eines Wechsels bezw. Schecks die Bewirkung der Schenkung. Dagegen wollen Dernburg,[5]) Meisner,[6]) Cromé[7]) und Oertmann in der zweiten Auflage (1906) die Wechsel- bezw. Scheckhingabe nur als ein der gebotenen Form unterliegendes Schenkungsversprechen gelten lassen.

Ich möchte dieser Ansicht beitreten. Nach den Mot. z. BGB II, 294 handelt es sich bei der Frage, ob nicht in gewissen Fällen wegen der besonderen Beschaffenheit des abstrakten Versprechens eine vollzogene Schenkung vorliegt, im wesentlichen um die aus der besonderen rechtlichen Natur der betreffenden Urkunden zu ziehenden Konse-

[1]) I § 164.
[2]) § 518 Nr. 2.
[3]) II, 1, 631.
[4]) § 518 Nr. 2.
[5]) II, 2, S. 148.
[6]) Comm. zu § 518 (Nr. 4c Abs. 4.)
[7]) System, S. 511.

quenzen. Und da sahen wir vorhin (bei Bekämpfung der Canstein-schen Ansicht, wonach der Scheck wie eine Banknote anzusehen sei), daß die Scheckhingabe nur Zahlungs*versuch*, nicht Zahlung selbst sei (S. 12).

§ 7. Der Anspruch aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ist der allgemeinste und wichtigste „Ersatzanspruch" jedes Schecknehmers. Mancherlei Gründe, formelle wie materielle, können den Bezogenen zur Ablehnung des Einlösungsbegehrs veranlassen (Formmangel des Papiers oder der Präsentation, Konkurs, Widerruf, Legitimationsmangel, Erlöschen des Scheckvertrages, Arglist, Fahrlässigkeit usw.)[1]). In der Praxis aber wird der Mangel ausreichenden Guthabens gewiß der wichtigste Ablehnungsgrund sein und bleiben.[2])

Ist nun beim Bezogenen bei Präsentation des Schecks irgend ein Guthaben überhaupt nicht vorhanden, so bekommt der Inhaber auch nichts. Ist aber nur ein nicht ausreichendes Guthaben vorhanden, ist das Guthaben „überzogen", so *kann* der Bezogene dem Scheckinhaber das vorhandene Guthaben auszahlen und ihn dadurch insoweit aus seinem Scheck befriedigen. Die Aushändigung des quittierten Schecks, wie bei der Vollzahlung (§ 13,1 Sgef.), kann er hier jedoch nicht verlangen, wohl aber eine Quittung über die geleistete Zahlung, welche auch hier auf den Scheck selbst oder zweckmäßig auf eine Abschrift desselben gesetzt wird.

Der Scheckinhaber ist aber *nicht verpflichtet*, eine Teilzahlung anzunehmen. Während die WO (Art. 38) Teilzahlungen ausdrücklich gestattet, schweigt das Scheckgesetz. Es gilt daher § 266 BGB: Der Schuldner ist zu Teilzahlungen nicht berechtigt. Dies entspricht dem Charakter des Schecks. Er ist eben im Unterschiede vom Wechsel Zahlungsmittel, „Kassapapier"[3]), die Leistung mittels Schecks soll die Barzahlung ersetzen: er muß daher den Empfänger

---

[1]) Hoppenstaedt S. 25. Conrad S. 194. 195, der eine große Reihe von Dishonorierungsgründen anführt.

[2]) Breit bei Holdheim XVII, 2 S. 280.

[3]) Hoffmann im BA IV, S. 131.

mit einem Male voll befriedigen.[1]) Auf diesem Standpunkte steht auch das österreichische Scheckgesetz § 11 Abs. 2: „Zur Annahme von Teilzahlungen ist der Inhaber des Schecks nicht verpflichtet. Hat er eine Teilzahlung angenommen, so ist diese auf dem Scheck abzuschreiben und dem Bezogenen die Quittung zu erteilen."

Auch die deutschen Entwürfe wollen den Inhaber zur Annahme von Teilzahlungen nicht verpflichten. Die Motive zum deutschen Entwurf S. 50 sagen: „Eine Bestimmung, daß der Scheckinhaber verpflichtet sei, Teilzahlungen anzunehmen, ist im Gegensatz zu der Vorschrift des Art. 38 WO in den Entwurf nicht aufgenommen, sodaß die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts für die Entscheidung dieser Frage maßgebend bleiben. Die Vorschrift der WO würde bei der Bedeutung, welche dem Erfordernis eines ausreichenden Guthabens hier überall beigelegt ist, für den Check nicht geeignet sein."

Aber nicht alle Scheckgesetze stehen auf diesem Standpunkt. So sagt z. B. das „Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationsrecht v. 14. Brachmonat 1881 in art. 753: „Der Inhaber des Checks darf eine ihm angebotene Teilzahlung nicht zurückweisen." In der Literatur haben sich für die Verpflichtung des Inhabers zur Annahme von Teilzahlungen ausgesprochen Cohn[2]) und Rießer.[3])

2. Die Regreßklage.

§ 8. Entspringt die Klage aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis von selbst aus dem allgemeinen Rechtsverhältnis, so gibt das Scheckgesetz dem aus seinem Scheck nicht befriedigten Inhaber ausdrücklich zwei besondere, spezifisch scheckrechtliche Ansprüche: Den Regreßanspruch (§ 15) und den Bereicherungsanspruch (§ 21).

Von den mancherlei Segnungen, die das neue Scheckgesetz dem Scheckrecht gebracht hat, ist die Einführung der Regreßklage die bedeutendste.

---

[1]) Apt S. 85.

[2]) Zur Lehre vom Check. In Z. für vgl. Rswss. Bd. III S. 103.

[3]) Zur Revision des HGBs S. 276.

Bis zum 1. 4. 1908 gab es diese Klage nicht.[1]) Es entschieden nächst den privaten Festsetzungen (Statuten, Geschäftsbedingungen)[2]) die Bestimmungen über die Anweisung (BGB §§ 783 ff.) bezw. über die kaufmännische Anweisung (HGB §§ 363 ff.), die den eigenartigen Bedürfnissen des Scheckverkehrs nicht genügend Rechnung trugen.

Rektaschecks und solche Orderschecks, die nicht auf einen Kaufmann gezogen waren, unterlagen den §§ 783 ff. BGBs, ermangelten also des Regreßrechts und der Indossabilität; ihre Uebertragung geschah nur durch den schriftlichen Abtretungsvermerk (§ 792), die den Uebertragenden nicht, wie den Indossanten, jedem späteren Inhaber des Schecks scheckmäßig haften und dem Empfänger gegenüber (außer im Falle des § 792[3]) alle gegen den Uebertragenden begründeten Einreden gelten ließ.

Auf einen Kaufmann gezogene Orderschecks hatten vor diesen gemäß den für sie geltenden §§ 363 ff. HGB schon die Indossabilität voraus. Der wechsel- bezw. scheckmäßige Regreß aber war auch ihnen versagt.[3])

Der Mangel des Regresses machte sich immer fühlbarer, das Verlangen danach war allgemein. Das praktische Bedürfnis drängte dazu „aus dem Scheck eine Art Wechsel zu machen."[4])

Man forderte, „den Scheck, falls er seiner Bestimmung gerecht werden soll, dem Wechsel darin gleich zu stellen, daß der Aussteller und die Indossanten eines Schecks aus dem Papier selbst für die Einlösung haften, und daß diese Haftung durch die formelle Wechselstrenge, den wechselmäßigen Sprungregreß und die rasche Realisierbarkeit im Wechselprozeßverfahren verstärkt wird."[5])

---

[1]) Vgl. Staub, Comm. S. 1319. RG 44 S. 159.

[2]) Z. B. die „Bestimmungen über den Giroverkehr mit der Reichsbank" und die „Bestimmungen für die Abrechnungsstelle zu Berlin".

[3]) Rießer in LZ I. Jhgg. Nr. 2 S. 86.

[4]) Lehmann S. 791. Vgl. auch S. 797.

[5]) Abg. Arnold im Reichstage, 85. Sitzung (Dienstag 21. 1. 08.) S. 2612 Ebenso Abg. Nacken in ders. Sitzung (S. 2611).

Diesen Anforderungen haben die Entwürfe und dann unser Gesetz Rechnung getragen. Es bestimmt in § 15: „Der Aussteller (und die Indossanten) haften dem Inhaber für die Einlösung des Schecks."

§ 9. Diese Haftung wird, wie wir schon sahen, vorzugsweise im Falle des Guthabenmangels praktisch. Wann liegt nun ein Ueberziehen des Scheckguthabens vor?

Was ist zunächst Guthaben?

Allgemein versteht man unter Guthaben (Bankguthaben) den Aktivsaldo, der sich nach Abzug der auf der Sollseite verzeichneten Beträge auf der Habenseite für den Bankkunden ergibt.[1])

Das Scheckgesetz definiert den Begriff in § 3 folgendermaßen: „Als Guthaben ist der Geldbetrag anzusehen, bis zu welchem der Bezogene nach dem zwischen ihm und dem Aussteller bestehenden Rechtsverhältnisse Schecks einzulösen verpflichtet ist."

Der Rechtsgrund, auf dem das Guthaben beruht, ist in der Regel Depot oder Kredit. Die ein Guthaben ins Leben rufenden Grundgeschäfte sind verschieden. Sie stellen sich entweder (wie in den meisten Fällen) als Vertrag oder auch unter Umständen als irgend ein anderer Verpflichtungsgrund dar. „Es ist nicht notwendig", sagt die Begründung S. 19, „daß ein bestimmter Barbetrag von dem Aussteller bei dem Bezogenen niedergelegt worden ist. Das Guthaben bei letzterem kann ebensowohl durch Einzahlungen Dritter, durch diskontierte Wechsel, Lombardierung von Wertpapieren usw. entstanden sein. Auch ein Darlehn des Bezogenen an den Aussteller, dessen Betrag mittels Schecks ratenweise abgehoben wird, die Gewährung eines ungedeckten Kredits oder die Akkreditierung des Ausstellers beim Bezogenen durch einen Dritten kann zu Grunde liegen."

Damit sind nur die wichtigsten rechtlichen Verhältnisse bezeichnet, auf die sich das Guthaben zu gründen pflegt. In Betracht können außerdem namentlich noch kommen: Krediteröffnungs-

[1]) v. Canstein in LZ S. 611. — Moltmann in Z. f. vgl. Rswss. Bd. 17, S. 302. — Conrad, in Z. f. d. ges. Hsr. Bd. 57, S. 80 ff.

verträge, Gutschriften, die im Wege der Abrechnung und Ueberweisung zugunsten des Ausstellers aus von ihm präsentierten Schecks erfolgen, sowie Forderungen des Ausstellers gegen den Bezogenen aller Art, sei es, daß sie dem Aussteller von Haus aus zustehen, sei es, daß sie ihm erst von einem Dritten abgetreten sind. Auch Schenkung kann Rechtsgrund des Guthabens sein.[1])

Eine vollständige Aufzählung aller hier möglichen Fälle ist garnicht durchführbar, da die verschiedenen Lebensverhältnisse stets neue Formen hervorzubringen vermögen. Einer solchen bedarf es aber auch garnicht, und eine Einpressung aller der verschieden gearteten Fälle in eine Schablone wäre nach Breit[2]) nur „zwecklos sowohl wie gefährlich."

§ 10. Hat nun der Aussteller ein Bankguthaben beim Bezogenen, so ergibt sich daraus noch nicht ohne weiteres auch die Verpflichtung des Bezogenen, auf ihn gezogene Schecks des Ausstellers einzulösen. Diese Verpflichtung begründet der sg. Scheckvertrag, der ein Guthaben erst zum Scheckguthaben macht. Man versteht darunter denjenigen Vertrag, durch den sich der Bezogene dem Aussteller gegenüber verpflichtet, die von diesem abredegemäß auf ihn gezogenen Schecks unbeschränkt oder nur bis zu einem gewissen Betrage gegen Aushändigung derselben zu honorieren.[3])

Bestritten ist die Frage nach der Notwendigkeit des Scheckvertrages.[4])

---

[1]) Vgl. Fick S. 298. 299, der 14, Kuhlenbeck S. 44, der 12 verschiedene Fälle aufzählt. Ferner: Breit bei Holdheim XVII, 2, S. 278. 279, Rießer im BA S. 136, Hoffmann im BA IV S. 131.

[2]) Bei Holdheim XVII, 2 S. 278.

[3]) Lessing S. 48. Merzbacher S. 14. Conrad S. 75.

[4]) Cohn in Z. f. vgl. Rswss. 1878, Bd. I S. 463 u. Cohn in Z. f. vgl. Rswss. 1878, Bd. III S. 75. („Kein Scheck ohne Scheckvertrag"!) Cohn bei Endemann III S. 1148. Cohn im Handwörtbch. d. Staatswss. Bd. II S. 815 u. Bd. III S. 21 ff. Breit b. Holdheim XVII, 2 S. 278 u. die dort Zitt. Lehmann S. 795. Hoffmann im BA IV, 9 S. 131. Fick S. 303. Buff S. 37. Lessing S. 47 u. a.

Die Mehrzahl der Schriftsteller bejaht sie: „Das Gesetz erkennt die Notwendigkeit eines solchen Vertrages an, worüber der Wortlaut des § 3 keinen Zweifel aufkommen läßt."[1])

Dagegen lehrt v. Canstein[2]): „Ein Scheckvertrag muß nicht vorhergehen . . ." Wer ein Guthaben besitze, könne darüber o. w. beliebig frei verfügen, auch durch Scheckziehung. Der Entwurf wolle durch seine Definition — die ins Gesetz nicht gehöre — bloß bestimmen, daß das Guthaben nicht nur ein Depot-, sondern auch ein Kreditguthaben sein könne, wie dies aus § 20 des Entw. 1 hervorgehe. Dieser Wille des Gesetzes sei nur nicht in der entsprechenden Form zum Ausdruck gelangt.

Auch nach Conrad[3]) sind Schecks ohne Scheckvertrag theoretisch möglich, wenn auch praktisch bedeutungslos. Das Gesetz habe keine derartige Bestimmung erlassen, sodaß nach seinem Wortlaut ein Scheck ohne Scheckvertrag durchaus denkbar sei.

Wie lautet das Gesetz?

Das österreichische Scheckgesetz zunächst sagt in § 14 deutlich, der Bezogene hafte dem Aussteller „nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses für die Einlösung des Schecks." Hier verlangt das Gesetz einen Vertrag. Das deutsche Scheckgesetz (§ 3) spricht dagegen nur von einem zwischen dem Bezogenen und dem Aussteller bestehenden „Rechtsverhältnisse".

Daß dieses in den allermeisten Fällen im Scheckvertrage bestehen wird, ist allgemein anerkannt. Wenn aber Buff (S. 37) sagt,

---

[1]) Buff S. 37. Dagegen: Lessing S. 47.

[2]) „Zum vorl. Entw. e. dsch. Gesz." in LZ I, 9 S. 613. Vgl. auch denselben bei Holdheim 1892 S. 81 und die Entgegnung Simonsons im BA IV, 5 S. 73: v. C. übersehe, daß dem Bankier nach den berechtigten Anschauungen des Verkehrs eine Verpflichtung zur Leistung von unter Umständen recht erheblichen Zahlungen auf Sicht kaum zugemutet werden könne, wenn er sich nicht ausdrücklich, wenn auch vielleicht nur mündlich, dazu verpflichtet hat.

[3]) S. 110. 111. (Vgl. dagegen Conrad, Materielle Voraussetzungen und Form des Schecks. In Goldschm. Z. f. d. ges. Hsr. Bd. 57 S. 69.)

der Wortlaut des Gesetzes lasse keinen Zweifel an der Notwendigkeit eines solchen Vertrages aufkommen, so behauptet er damit m. E. zu viel, und wenn Conrad einen Scheck ohne Scheckvertrag nach des Gesetzes Wortlaut schlechthin „durchaus denkbar" sein läßt, so sagt er damit m. E. zu wenig. Denn einen „Scheckvertrag" in des Wortes technischer Bedeutung verlangt unser Gesetz in der Tat nicht unbedingt. Fehlt aber ein solcher, so muß notwendig gewissermaßen ein Surrogat, sozusagen ein Scheckvertrag im weiteren Sinne: ein „Rechtsverhältnis" vorhanden sein, aus welchem das Guthaben und die Einlösungspflicht des Bezogenen hervorgehen (§ 3 Sges.). Dies Rechtsverhältnis muß „zwischen ihm (= dem Bezogenen) und dem Aussteller" bestehen. Ein solcher (seltener) Fall läge z. B. vor, wenn ein Dritter mit dem Bezogenen einen Vertrag i. S. des § 328 BGB zugunsten des Ausstellers schlösse, wonach dieser Schecks auf den Bezogenen ziehen dürfte. Die Regel aber bleibt der (eigentliche) Scheckvertrag, und so scheint der berühmte Cohnsche Satz: „Kein Scheck ohne Scheckvertrag" seine Herrschaft zu behaupten.

Aber was bedeutet dieser Satz?

Cohn selbst und die vielen Schriftsteller, die ihn bisher akzeptiert haben, verstehen ihn offenbar dahin, daß der Scheckvertrag Voraussetzung für den Regreß aus dem Papier sei.[1])

Dies ist (wenigstens nach unserem heutigen Scheckgesetz) falsch.

Der Scheckvertrag hat mit der Gültigkeit des Schecks nichts zu tun. Fehlt ein Scheckvertrag (oder ein „Rechtsverhältnis" i. S. d. § 3 Sges.), entspricht der Scheck aber sonst den Erfordernissen des § 1 Sges., so ist er gültig, und der Regreßanspruch aus ihm ist begründet. Das Gesetz kennt keinen Scheckvertrag als wesentliches Erfordernis des Schecks.[2])

Auf die Gültigkeit des Schecks kann sich der Satz: „Kein Scheck ohne Scheckvertrag" also heute nicht mehr beziehen. Es kann da-

[1]) Breit in Z. f. d. ges. Hs- u. Kkr. Bd. 64 S. 455.

[2]) Breit a. a. O. S. 447. 456, 457. 466. Lessing S. 46, 47.

mit nur gemeint sein, daß die Einlösungspflicht des Bezogenen allein auf dem Scheckvertrag beruhe. Insofern enthält der Satz allerdings nur, wie Breit[1]) sagt, „eine Wahrheit, die sich ohne weiteres aus § 787 Abs. 2 BGB ergibt" und hat damit in der Tat heute „keinen rechten Sinn mehr."

Die juristische Natur des Scheckvertrages ist bestritten.

Früher stellte man ihn oft kurzweg als **mutuum** oder **depositum irregulare** hin. Daß diese Bezeichnung auf einen Vertrag vorgedachten Inhalts nicht zutrifft — darf doch schon der Gläubiger die Rückerstattung des **mutuum** oder **depositum** nie in ihm beliebigen Teilleistungen fordern! — bedarf nicht näherer Darlegung.

In neuerer Zeit wurde vielfach die Meinung vertreten, der Scheckvertrag enthalte die Versprechung einer Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff. BGB).

So namentlich Moltmann.[2]) Er sagt: Juristisch stelle sich der Scheckvertrag als ein Vertrag aus § 328 BGB dar. „Durch Vertrag könne eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern . . ."

Diese Theorie läßt den Scheckvertrag nur den Interessen des *Inhabers* dienen, während er doch in Wahrheit im Interesse des Ausstellers geschlossen wird. Nach unserem heutigen Scheckgesetz ist diese Ansicht auch zweifellos unrichtig, denn das Gesetz kennt überhaupt keinen Anspruch des Scheckberechtigten gegen den Bezogenen. Aber auch an sich ist sie nicht recht haltbar. Denn im Scheckvertrag verpflichtet sich die Bank ihrem Kunden gegenüber, für ihn eine Leistung zu bewirken, zu der sie ihm bisher nicht verpflichtet war, nämlich die von ihm ausgestellten, ihr präsentierten Schecks zu bezahlen; schon „aus den Umständen, insbesondere aus dem *Zweck* dieses Vertrages" (§ 328,2) ist sicher *nicht* zu entnehmen, daß der Dritte (= Inhaber) unmittelbar das Recht erwerben solle, die

[1]) Breit a. a. O. S. 457.

[2]) „Ziel und Wege einer dtsch. Gesetzgebg." im BA IV, 2 S. 24—27.

[3]) „Entw. e. Ges. für d. dtsch. Reich" in Z. für vgl. Rswss. Bd. 17 S. 305.

Leistung zu fordern. Sodann verpflichtet sich jedenfalls im Scheckvertrag der Bankier keineswegs, die Schuld des Kunden (= Scheckausstellers) zu übernehmen. Dann ist aber nicht anzunehmen, daß der Scheckinhaber unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung zu fordern (§ 329).[1]) Endlich verbietet sich auch die Auffassung des Scheckvertrages als Vertrag zugunsten Dritter aus einem sehr wichtigen praktischen Grunde, weil nämlich „durch Abhebung des Guthabens der Scheckkunde jederzeit dem Schecknehmer praktisch ein solches Recht vereiteln könnte."[2])

Nach einer anderen, zuerst von Cohn[3]) vertretenen Ansicht stellt sich der Scheckvertrag als Vollmachterteilung des Bezogenen an den Aussteller dar: Der Bankier soll hiernach im Scheckvertrage dem Aussteller in dessen eigenen Interesse die Ermächtigung erteilen, Urkunden auszugeben, welche ihn (den Bankier) zur Zahlung verpflichten. Auch aus dieser Konstruktion des Scheckvertrages entspringt der unserem Gesetz unbekannte unmittelbare Anspruch des Inhabers gegen den Bezogenen auf Einlösung des Schecks. Zudem wird diese Anschauung dem wahren Inhalte des Scheckvertrages noch weniger gerecht, als die vorige. Denn hiernach hört der Aussteller, der sich in Wirklichkeit doch im Scheckvertrage den Bezogenen verpflichten will, die von ihm ausgestellten Schecks zu bezahlen, überhaupt auf, eine selbständige Rolle zu spielen und gibt seine Erklärungen nur noch in Vertretung des Bezogenen ab, — ein Ergebnis, das an innerer Unwahrscheinlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt.[4])

Endlich ist der Scheckvertrag als Auftrag (§§ 662 ff. BGB) aufgefaßt worden. Diese Ansicht zählt heute wohl die meisten Anhänger und entspricht m. E. dem Wesen des Scheckvertrages am ehesten. Nach derselben verpflichtet sich im Scheckvertrage die Bank,

---

[1]) Vgl. Simonson, „Scheckrechtl. Betrachtungen" im BA IV, 5, S. 71.

[2]) Lehmann S. 798. Hier verwirft Lehmann auch die Zessions- und die Bevollmächtigungstheorie.

[3]) Im Handwörterb. der Staatswss. II, S. 81. — Vgl. S. 5.

[4]) Simonson im BA IV, 5 S. 72 und die dort Zitierten.

ein ihr vom Aussteller als Auftraggeber übertragenes Geschäft, nämlich die von ihm ausgestellten Schecks zu bezahlen, für diesen unentgeltlich zu besorgen. Alle Begriffsmerkmale des Auftrages scheinen vorzuliegen. In der Tat sind sie auch regelmäßig vorhanden. Aber an der Unentgeltlichkeit fehlt es manchmal. Zwar übernehmen weitaus die meisten Banken das Geschäft der Scheckeinlösung unentgeltlich. Aber die Reichsbank z. B. bildet eine Ausnahme. Die „Bestimmungen über den Giroverkehr mit der Reichsbank" sagen in Nr. 10: „Die Girogelder werden nicht verzinst" und in Nr. 12: „Die Reichsbank erwartet, daß der Kontoinhaber . . . ein der Mühewaltung entsprechendes bares Guthaben halten wird . . ."

Nun ist aber die Unentgeltlichkeit ein **essentiale negotii mandati**. Erfolgt die Geschäftsbesorgung gegen Entgelt, so ist das Geschäft nicht mehr Auftrag, sondern Dienst- (oder Werk-) vertrag. Man wird die Scheckverträge mit der Reichsbank also von der Regel ausnehmen und als Dienstverträge behandeln müssen.

Hoffmann[1]) entzieht sich dieser Notwendigkeit durch die folgenden Erwägungen: „Es geht nun unmöglich an, den Scheckvertrag der Reichsbank, der sich sonst in allen Beziehungen mit den üblichen Verträgen der Privatbanken beinahe wörtlich zu decken pflegt, wegen dieser geringfügigen Verschiedenheit rechtlich anders zu beurteilen, als den Scheckvertrag überhaupt." Und ferner: „. . . auf Grund des Gewohnheitsrechts wird man sagen dürfen, daß die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Besorgung des Scheckverkehrs auf seiten der Bank keinen wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäfts und deshalb auch kein Hindernis bildet, die Grundsätze vom Auftrag auf den Scheckvertrag anzuwenden.[2])

Dies Ergebnis ist zweifellos sympathisch. Allein ich vermag nicht zu demselben zu gelangen.

---

[1]) „Der Scheck und das BGB" im BA IV, 9, S. 132.

[2]) Ebenso Hanausek S. 35 u. Dernburg II, 2 S. 257 Anm. 2 Nr. 3, nach welchem „auf die Unentgeltlichkeit nichts ankommt." A. A. Buff S. 37.

Die Unentgeltlichkeit ist nach BGB nun einmal ein striktes Essentiale des Auftrages und damit jeglicher Abänderung durch ein Akzidentale entzogen. Eine direkte Anwendung der Grundsätze vom Auftrage auf den Scheckvertrag der Reichsbank ließe sich m. E. nur ermöglichen, wenn es gelänge, die in Nr. 12 a. a. O. erwartete Vergütung anders als ein Entgelt, etwa als die einer sittlichen Pflicht entsprechende Schenkung, als nachträgliche Honorierung oder sonst als eine ohne Verpflichtung, wenn auch tatsächlich als Entgelt gewährte Zuwendung zu konstruieren.

Man könnte nun vielleicht sagen, die Reichsbank „verpflichtet" den Kunden ja nicht, sie „erwartet" nur . . . Allein, die Reichsbank konnte nur (— mit Rücksicht auf die Gestaltung des Guthabens und die Tatsache, daß es erst bei Präsentation des Schecks vorhanden zu sein braucht —) ihre Kunden zur Haltung des gewünschten baren Guthabens nicht verpflichten; sie darf nur „erwarten". Aber diese Erwartung i. V. mit den Worten: „ein der Mühewaltung entsprechendes bares Guthaben" zeigen deutlich, daß die Reichsbank eben nur entgeltliche Scheckverträge abschließen will.

Damit verbietet sich m. E. die Auffassung des Reichsbank-Scheckvertrages und aller gleich diesem entgeltlichen Scheckverträge als Auftrag. Ein solcher Scheckvertrag ist Dienstvertrag. Auf denselben finden dann allerdings wieder gemäß § 675 BGB die wesentlichsten Bestimmungen über den Auftrag Anwendung, nicht jedoch die wichtige Vorschrift § 671,1: „Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden." Deshalb aber fehlen diese Bestimmungen dem Reichsbankscheckvertrage doch nicht. Sie ergeben sich aus den „Bestimmungen über den Giroverkehr der Reichsbank" Nr. 9 und 12.[1])

Oft ist nun auch der Scheckvertrag schlechthin unterschiedslos als Dienstvertrag aufgefaßt worden; so von Conrad[2]) und Leh-

[1]) Vgl. Hoffmann im BA IV, 9 S. 132.
[2]) S. 111.

mann.[1]) Letzterer sagt: „Er ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat . . . Die Geschäftsbesorgung besteht in der Vornahme von Auszahlungen für Rechnung des Scheckkunden bis zur Höhe des Guthabens an den Scheckempfänger. Das Aequivalent besteht in der billigen Ausnutzung des Guthabens."

Nun nehmen, wie erwähnt, die meisten Banken tatsächlich keine Vergütung für ihre Mühewaltung und nutzen auch das vorhandene Guthaben n i c h t aus. Andrerseits k ö n n e n sie eine Ausnutzung des Guthabens, auch wenn sie es wollten, oft garnicht vornehmen, weil dies ja erst zur Zeit der Präsentation vorhanden zu sein[2]) und unter Umständen garnicht in ausnutzungsfähigen Werten (Schenkung!) zu bestehen braucht. Ich möchte deshalb bei der Auffassung des Scheckvertrages, soweit er zweifellos unentgeltlich ist, als Auftrag verbleiben, zumal gegen diese Auffassung Lehmann[3]) auch nur anführt, Hoffmann (BA. 4, 131) übersehe, daß das Aequivalent in der billigen Ausnutzung des Guthabens bestehe, dies aber (wie auch schon die mitgeteilten Stellen erkennen lassen), doch nicht der Fall ist.[4])

Mit dem Scheckvertrage pflegt „ein Summenverwahrungsvertrag oder ein Darlehn, nach Lage der Dinge auch ein Kontokorrentvertrag oder Kreditgewährungsvertrag verbunden"[5]) zu sein.

Der Inhalt des Scheckvertrages und die aus ihm folgenden Rechte und Pflichten regeln sich nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts.[6]) Er kann ausdrücklich oder stillschweigend, selbständig oder in Verbindung mit anderen Vereinbarungen zwischen Aussteller und Bezogenem geschlossen, sein Inhalt höchst mannigfach

---

[1]) S. (785). 794. 795.

[2]) Lehmann, S. 795 Anm. 4.

[3]) S. 795 Anm. 1.

[4]) Lessing S. 48 bezeichnet den Scheckvertrag als einen eigenartigen Vertrag des modernen Rechts, einen contractus sui generis.

[5]) Lehmann S. 794. Buff S. 37.

[6]) Begründg. S. 14/15.

sein. Er kann bestimmen, daß das vorhandene Guthaben in seinem ganzen Umfange als Scheckguthaben gelten und vom Bezogenen zur Honorierung ordnungsmäßiger Schecks verbraucht werden solle. Er kann aber auch bestimmen, daß nur ein gewisser Teil des vorhandenen Guthabens zur Scheckzahlung benutzt werden dürfe, der andere Teil aber als Reserve (good balance, z. B. stets beim Postscheck) liegen bleiben müsse, und er kann unter Umständen andrerseits bestimmen daß der Bezogene bis zu einer gewissen Summe über das vorhandene Guthaben hinaus zur Einlösung verpflichtet sei. Der Fall, daß der Scheckvertrag über die Höhe der zur Scheckeinlösung bestimmten Grenze schweigt und eine Maximalgrenze überhaupt nicht vorsieht, dürfte im Leben schwerlich eintreten. Möglich ist er, und es muß dann angenommen werden, daß der Bezogene Schecks nur bis zu einem solchen Betrage einzulösen verpflichtet ist, der nach Lage des konkreten Falles als angemessen anzusehen ist. So gibt der Scheckvertrag i m m e r eine bestimmte abstrakte Grenzzahl an. Diese beziffert das Scheckguthaben.[1]) Sobald der Aussteller diese Zahl überschreitet, überzieht er sein Guthaben. Der Bezogene ist dann berechtigt, die Einlösung zu verweigern: die Regreßklage ist gegeben.

§ 11. Für dieselbe gilt folgendes:

Voraussetzung auf seiten des Klägers ist der Nachweis, daß der Scheck rechtzeitig zur Zahlung vorgelegt und nicht eingelöst, oder daß die Vorlegung vergeblich versucht worden ist. (§ 16,1 Sgesetz.) Der klagende Inhaber muß also nachweisen, daß er den im Inlande ausgestellten und zahlbaren Scheck binnen 10 Tagen nach der Ausstellung dem Bezogenen am Zahlungsorte (§ 5) innerhalb der Geschäftsstunden zur Zahlung vorgelegt hat (§ 11,1). Ist der Scheck im Auslande ausgestellt und im Inlande zahlbar, so muß der Inhaber ihn dem Bezogenen am Zahlungsorte binnen der durch Beschluß des Bundesrates v. 19. 3. 1908 besonders festgesetzten Fristen (= 4 verschiedene Zeiträume von 3 Wochen bis 3 Monaten) nach der Ausstellung zu Zahlung vorlegen.

---

[1]) Breit b. Holdheim XVII, 2 S. 278. Kuhlenbeck S. 16/17.

Als Vorlegung zur Zahlung gilt nach § 12 auch die Einlieferung eines Schecks in eine Abrechnungsstelle, bei welcher der Bezogene vertreten ist, sofern die Einlieferung den für den Geschäftsverkehr der Abrechnungsstelle maßgebenden Bestimmungen entspricht.[1])

Ist eine Vorlegung des Schecks nicht möglich, existiert z. B. der Bezogene garnicht oder ist er nicht aufzufinden, so muß der klagende Inhaber nachweisen, daß er die Vorlegung vergeblich versucht hat. Der Nachweis der Vorlegung bezw. des Versuches derselben kann nur geführt werden:

1. durch eine auf den Scheck gesetzte, von dem Bezogenen unterschriebene und den Tag der Vorlegung enthaltende Erklärung,
2. durch eine Bescheinigung der Abrechnungsstelle, daß der Scheck vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist eingeliefert und nicht eingelöst worden ist,
3. durch einen Protest.[2])

Damit hat das Gesetz dem Wesen des Schecks Rechnung getragen und den Nachweis so sehr wie möglich erleichtert. Denn der Inhaber kann nun statt durch den zwar besonders sicher wirkenden, aber umständlichen, durch einen Notar, Gerichts- oder jetzt auch Postbeamten aufzunehmenden (a. 87 WO) und daher bei der Kürze der Vorlegungsfrist garnicht immer zu ermöglichenden wechselmäßigen Protest den Nachweis der vorgeschriebenen Vorlegung durch die viel einfachere, ebenfalls klare und unzweideutige Bescheinigung des Bezogenen bezw. der Abrechnungsstelle erbringen. Diese Präsentationsatteste sind auch dadurch besonders angenehm für den In-

---

[1]) Vgl. den Bundesratsbeschluß v. 19. 3. 1908 und die (auch für die übrigen Abrechnungsstellen maßgebende) „Geschäftsordnung für die Abrechnungsstelle zu Berlin."

[2]) § 15 des Entwurfs v. 1907 sagte statt „nur" „insbesondere". Hiernach waren auch noch andere Nachweisungsarten zulässig, z. B. durch übereinstimmende mündl. od. schriftl. Erklärung des Inhabers und Bezogenen oder durch entsprechenden Briefwechsel. (cf. Loeb S. 23.)

haber, daß sie nicht, wie der Protest, noch innerhalb der Vorlegungsfrist vollzogen sein müssen, sondern nach unserem Gesetz an eine Frist überhaupt nicht gebunden sind und daher beliebig auch noch nachträglich beigebracht werden können.[1])[2])

Die Erklärung des Bezogenen muß auf den Scheck selbst, nötigenfalls auf eine Allonge[3]), geschrieben sein; die Bescheinigung der Abrechnungsstelle kann dagegen auch für sich besonders niedergeschrieben sein.

Der Scheckprotest muß, da das Gesetz die zweitägige Protestfrist der WO (a. 41) nicht kennt, spätestens am letzten Tage der Vorlegungsfrist aufgenommen werden. Die Vollziehung der Protest*urkunde* braucht jedoch nicht mehr innerhalb der Proteststunden (a. 92 WO) zu erfolgen; auch diese kann erst nachträglich errichtet werden.[4])

Dagegen kennt das Scheckgesetz (§ 16,3) den *Erlaß* des Protestes. In diesem Falle bedarf es auch eines Präsentationsattestes nicht, „da nach a. 42 WO im Falle des Protesterlasses der Regreßpflichtige die Beweislast übernehmen muß, wenn er die rechtzeitige Vorlegung in Abrede stellt".[5])

---

[1]) Anders das österr. Gesetz. § 16 Abs. 4.

[2]) Ebenso Breit in LZ II, 4 S. 262, Breit, Rechte und Pflichten des Bankiers S. 42, 50, u. a. A. A. Jacobi in Z. f. d. ges Hs- u. Kkr. Bd. 63 S. 108—110. Gegen Breits Ansicht spreche deren dem Leben widersprechende Unnatur und die Rechtsentwickelung, da die formelle Feststellung der Scheckvorlegung ihr Vorbild im Wechselprotest finde. Freilich ist der Bankier zur Erteilung des Attestes *nicht verpflichtet*: Gibt er das Attest nicht gutwillig, so bleibt dem Inhaber nur der Protest übrig, und ist es zum Protest bereits zu spät geworden, so ist der Regreßanspruch allerdings verloren. (cf. Breit, Pflichten des Bankiers. S. 50—52). Im übrigen aber spricht doch gerade das Leben *für* die oben vertretene Auffassung. Und die Begründung sagt: „. . . Während aber nach § 16, 4 des österr. Ges. die Einlieferung und Vorlegungsbestätigungen spätestens am ersten Werktage nach der Vorlegung geschehen müssen, schreibt der Entwurf überhaupt keine solche Frist vor. Die Bestätigungen können daher auch nachträglich beigebracht werden,

[3]) Heim S. 29. A. A. Merzbacher S. 50/51.

[4]) Merzbacher S. 55.

[5]) Begründg. S. 31.

Die Bescheinigung des Bezogenen kann nur für diesem vorzulegende, die Bescheinigung der Abrechnungsstelle nur für Schecks, die in eine solche einzuliefern sind, in Frage kommen. Den vergeblichen Versuch der Vorlegung können weder der Bezogene noch die Abrechnungsstelle bescheinigen. Dieser kann nur durch den Protest dargetan werden, der in allen Fällen möglich ist.[1])

Gemäß § 30 Gesetz findet das am 1. 10. 1908 in Kraft getretene Gesetz betr. die Erleichterung des Wechselprotestes (§§ 3,4, sowie die neuen artt. 87—88a, 89a, 90—91a, 92,2 WO) auch auf den Scheckprotest Anwendung. Die Neuerung besteht im wesentlichen darin, daß nunmehr auch Postbeamte zur Protestaufnahme befugt sind, daß die lästige wörtliche Abschrift des Schecks nicht mehr erforderlich ist, und daß der Postbeamte stets (was bisher streitig) zur Annahme der ihm vom Protestaten angebotenen Zahlung befugt ist.[2])

§ 12. Ist der Bezogene selbst Inhaber des Schecks, so versagt die Regreßklage. Das Indossament auf den Bezogenen ist zwar zulässig, gilt aber (anders als beim Wechsel[3])) nicht als Indossament im Rechtssinn mit allen demselben innewohnenden Wirkungen, sondern als Quittung (§ 8 a. E.)[4])

Ohne diese Vorschrift könnte der Präsentant Indossant, der Bezogene – ein Indossament des Bezogenen ist unwirksam! — letzter Indossatar werden. Als solcher würde er sich den Scheck aus dem bei ihm vorhandenen Guthaben einlösen, und man fragte hier vergebens nach dem Zweck des Indossaments. Wäre aber kein Guthaben vorhanden und könnte er daher den Scheck nicht einlösen, so würde hier das Indossament eine direkt schädliche Wirkung haben: die dem Bezogenen durch dasselbe ermöglichte Regreßklage gegen Aussteller und In-

---

[1]) Vgl. hierzu die erschöpfenden Ausführungen bei Breit, Pflichten und Rechte des Bankiers S. 38 ff., auch Buff S. 83, Kuhlenbeck S. 80.

[2]) Näheres bei Kuhlenbeck S. 104 ff., Conrad S. 202 ff., Buff S. 85 ff.,

[3]) Breit, Pflichten und Rechte des Bankiers S. 53.

[4]) Vgl. österr. Gesetz. § 6 Abs. 4. Über diese Quittungsfiktion s. Brunner niDJZ XIII S. 154 ff.

dossanten würde „lediglich dazu dienen, dem Bezogenen die Zahlung der Scheckſumme auf nicht rechtzeitig gedeckte Schecks ohne Risiko zu ermöglichen und . . . ſo der Ausſtellung ungedeckter Schecks Vorſchub leiſten. Anſtatt auf Deckung zu halten, würde der Bezogene ſein Hauptaugenmerk auf gute Vormänner richten; aus einem Zahlungsmittel würde der Scheck ein Kreditpapier".[1])

Dies gilt zunächſt nur vom Orderſcheck. Nur der kann überhaupt durch „Indoſſament" übertragen werden. Der Inhaberſcheck dagegen, ſowohl der mit der reinen, als auch der mit der alternativen Inhaberklauſel, wird regelmäßig ohne Skripturakt, durch bloße Aushändigung, übertragen. Es *kann* jedoch hier der Uebergebende ſeinen Namen oder ſeine Firma auf die Rückſeite des Schecks ſchreiben. Dieſe eigentümliche, ſpezifiſch ſcheckrechtliche Namensſchrift *iſt* kein Indoſſament, hat aber die Garantiewirkungen eines ſolchen (§ 15,2 Geſ.).[2]) Es könnte nur fraglich ſein, ob der Bezogene als Inhaber eines mit einer ſolchen Namensſchrift übertragenen Inhaberſchecks Regreßrechte gegen den Ausſteller (und die Namensſkribenten) hat oder nicht. Die Frage iſt zu verneinen. Das Geſetz tut dies nicht ausdrücklich. Daß aber ſeine Abſicht dahin geht, wird nach der für den Orderſcheck gegebenen Beſtimmung, daß ein Indoſſament auf den Bezogenen als Quittung gelte, allgemein angenommen.[3]) Das Geſetz will eben die Diskontierung ungedeckter Schecks nicht haben. Kuhlenbeck[4]) führt noch als Grund an, die Präſumtion, daß der Inhaber den Scheck eingelöſt habe und die Tatſache, daß der Bezogene ſich nicht ſelbſt die in § 16 geforderten Nachweiſe ſchaffen könne.

§ 13. Eine Haftung des Ausſtellers iſt auch demjenigen Scheckinhaber gegenüber ausgeſchloſſen, der als Indoſſator ſeine Regreß-

---

[1]) Begrdg. S. 24. Vgl. Jacobi in Z f. d. ges. Hs- u. Kkr. Bd. 63 S. 100 ff., Breit Pflichten u. Rechte des Bankiers S. 55. Letzterer erklärt die gedachte Befürchtung der Begründung für „ſchwerlich begründet."

[2]) Brunner nennt ſie (DJZ XIII S. 154) „hinkendes Indoſſament." Vgl. dagg. Jacobi a. a. O. S. 133.

[3]) Breit, Pflichten und Rechte des Bks, S. 55. Breit, im BA VII, 10 S. 153. 155. Henſchel S. 42. — Rießer, Bemerkungen, S. 64. 65.

[4]) S. 78.

klage auf einen mit dem Vermerk „nicht an Order" od. dgl. versehenen Rektascheck gründet. Denn das gegen den Ausschlußvermerk vollzogene Indossament äußert keine scheckrechtlichen Wirkungen (§ 8).[1])

§ 14. Nun können auch der Indossant des Orderschecks oder der Namensfribent des Inhaberschecks selber Scheckinhaber werden, indem sie das Papier nach Ablauf der Vorlegungsfrist erwerben, ohne durch Regreßpflicht dazu verpflichtet zu sein (Nachindossament bezw. „Rückübergabe"), oder indem sie es in Genügeleistung ihrer Regreßpflicht wieder an sich lösen („Rücklauf").

Der Scheck, sahen wir, kann wiederholt vorgelegt werden. Der Regreßnehmer kann sich auf jede beliebige der mehreren von ihm vorgenommenen, gehörig festgestellten Vorlegungen berufen.[2]) Diese Statthaftigkeit mehrmaliger Präsentation für die Ausübung der Regreßrechte hat aber mit der Frage, wann die Nachindossamente i. S. des a. 16 WO beginnen, nichts zu tun. Breit a. a. O. nimmt dies allerdings an und schließt daraus, daß die nach der l e t z t e n rechtzeitigen Präsentation auf den Orderscheck geschriebenen Indossamente Nachindossamente (mit denen der Scheck seinen „Rücklauf" beginne) seien.

Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Sie ist bereits von Jacobi a. a. O. (S. 112 ff.) bekämpft und durch die andere ersetzt worden, daß vielmehr die Nachindossamente bereits nach der e r s t e n Vorlegung, mit der die Fälligkeit des Schecks eintritt, anfangen.

Das Nachindossament i. S. des a. 16 Abs. 1 WO auf einem präjudizierten S c h e c k nach Ablauf der Vorlegungsfrist e n t b e h r t der Garantiefunktion: „Die Vorlegungsfrist ist auf kurze Zeit zusammengedrängt, damit der Scheckberechtigte sich den Scheckwert schleunigst verschaffe. Und nun soll der Indossator den Scheck

---

[1]) Conrad S. 141. Buff S. 150. Lessing S. 73 u. d. dort Zit.

[2]) Breit in der LZ II. Jhgg. 1908 S. 262, 264. Jacobi in der Z f. d. ges Hs- u. Kkr. Bd. 63 S. 112. 128.

liegen lassen und dann mit dauernder Garantie weitergeben können?“[1])

Das Nachindossament i. S. des a. 16 Abs. 2 WO hat dagegen auch auf dem protestierten Scheck keine Garantiefunktion, sondern nur die hier als Zession wirkende Transportfunktion. Der Inhaber ist also allen Einwendungen aus der Person seiner Vormänner seit Fristablauf ausgesetzt.

Ebenso bewirkt die bloße nach Verfall geschehene Uebergabe eines vor Verfall in blanco indossierten, hierauf protestierten Schecks nur die Transportfunktion. Es werden also nur die Rechte des letzten Inhabers mit allen aus seiner und der Zwischeninhaber Person begründeten Einreden übertragen. Der Blankoindossant aber haftet nicht. Wohl aber haftet derjenige Blankoindossant, welcher den Scheck vor Verfall sowohl in blanco indossiert, als auch begeben hat, demjenigen, der nach Verfall den protestierten Scheck erworben hat.[2])

Der Rücklauf dagegen, d. h. der Lauf des Schecks zum Aussteller zurück, beginnt erst mit der letzten Vorlegung. Der Scheck „zirkuliert auf diesem Laufe nicht mehr im freien Verkehr, der Scheckgläubiger hält sich jetzt nur noch schadlos gegen Abtretung des Scheckrechts.“[3])

Nach Breit a. a. O. (S. 261) tritt der Einlösende in sein altes Gläubigerrecht, das trotz des Indossaments bestehen geblieben und dessen Geltendmachung nur an die Suspensivbedingung der Wiedereinlösung geknüpft sei, wieder ein. Daß dem aber nicht so ist, „daß die Basis des a. 16 Abs. 2 WO hier nicht paßt“, „weil es sich in erster Linie nicht um einen Wechseltransport, sondern um den Regreßweg handelt“, hat Jacobi (S. 135, 136) überzeugend dargetan.

Hat also der Indossant den Scheck im Regreßwege eingelöst, so erwirbt er — nicht sein altes Recht wieder, sondern — „das Recht

---

[1]) Jacobi a. a. O. S. 116.
[2]) Jacobi a. a. O. S. 116. 125. 127.
[3]) Jacobi a. a. O. S. 135.

aus dem Scheck unter Fortfall der ihm unbekannten Einreden." Er kann seine Vormänner aus dem Scheck in Anspruch nehmen, ohne daß diese die ihnen etwa gegen seine Nachmänner zustehenden, zur Zeit der Einlösung unbekannten Einwendungen geltend machen könnten.[1])

Die Uebertragung des Inhaberschecks erfolgt durch Uebergabe. Der Uebergebende kann auf die Rückseite seinen Namen setzen. Diese Namenszeichnung bewirkt Garantiefunktion (§ 15,2 Sges.).

Der Namensfribent muß also den Scheck im Regreß einlösen. Der Fall mag oft genug praktisch werden, denn „der deutsche Scheck ist Inhaberscheck"; auf 100 Inhaberschecks kommt erst etwa ein Orderscheck.[2])

Nach der Begründung (S. 21) soll die Vorschrift § 4 Abs. 2 Satz 1 zweifelsfrei zum Ausdruck bringen, daß ein wirkliches Inhaberpapier vorliegt, und daß es sich nicht bloß um eine Legitimationserleichterung (§ 808 BGB) handelt.

Zweifellos gilt dies für Inhaberschecks bis zum Ablauf der Vorlegungsfrist, „solange sich der Scheck auf dem Wege zum Bezogenen befindet"(Breit S. 265), „bis zum Verfall" (Jacobi S. 136). Hier erwirbt jeder Eigentümer des Papiers zugleich die Rechte aus demselben. Dies sind aber die Regreßrechte. denn „die Scheckbegebung löst andere Rechte als die Regreßrechte überhaupt nicht aus".[3]) Nach Verfall aber, sobald er den Rücklauf angetreten hat, ist der Inhaberscheck nur noch dem Bezogenen gegenüber Inhaberpapier, im übrigen nicht mehr. Er hat aufgehört, Verkehrspapier zu sein und ist ein Legitimationspapier (§ 808 BGB) geworden, das nur die Rechte des letzten Inhabers überträgt.

Breit läßt nun wiederum den einlösenden Namensfribenten, wie vorhin den Indossanten, in sein altes Gläubigerrecht wieder eintreten.

---

[1]) Jacobi a. a. O. S. 136.

[2]) Breit in LZ II, 4 S. 257. 258. 259. Breit in BA VII S. 151 ff.

[3]) Breit a. a. O. S. 259.

Dies trifft nicht zu. Der Namensfribent erwirbt vielmehr auch beim Inhaberscheck nur das Recht aus demselben unter Ausschluß der im unbekannten Einreden gegen den letzten Inhaber, wie auch gegen etwaige Zwischenmänner.

Der Grund dieses Einredeausschlusses ist hier wie beim Orderscheck der gleiche; er liegt „lediglich in der Garantiefunktion der Indossamente oder Namenzeichnungen".[1])

§ 15. Endlich ist noch der Stellung des Prokuraindossatars beim Orderscheck zu gedenken. Das österreichische Scheckgesetz hebt (in § 20 Ziff. 3) die sinngemäße Anwendung des Prokuraindossaments der WO a. 17 besonders hervor. Unser Gesetz schweigt darüber. Trotzdem ist die Zulässigkeit der Uebertragung zum Inkasso unbestritten.[2]) Denn „einmal entspricht die Anwendung des Prokuraindossaments auch beim Scheck einem Bedürfnis des Verkehrs, und andererseits kann für jedes Rechtsgeschäft ein Bevollmächtigter bestellt werden".[3])

Danach ist der Prokuraindossatar zur Anstellung der Regreßklage zweifellos legitimiert. Er ist Mandatar seines Indossanten, daher zur Klageerhebung stets berechtigt und unter Umständen, wenn es die Interessen des Prokuraindossanten fordern, dazu verpflichtet.[4]).

§ 16. Die Passivlegitimation des Beklagten bei der Regreßklage besteht nur darin, daß er Aussteller der Scheckurkunde ist, aus der geklagt wird.

§ 17. Trotzdem haftet bisweilen der Aussteller nicht für die Einlösung. Diese Fälle ergeben sich aus den — natürlich auch für die scheckrechtlichen Verhältnisse geltenden — allgemeinen Vorschriften des BGB. Das Gesetz schweigt über die sg. aktive Scheckfähigkeit, über die Frage, wer einen Scheck ausstellen kann. Diese Frage bleibt

---

[1]) Jacobi a. a. O. S. 136.

[2]) Jacobi a. a. O. S. 92.

[3]) Conrad S. 138.

[4]) Vgl. die ausführlichen Erörterungen bei Krüger, das Indossament zu Inkassozwecken, S. 5 ff.; ferner Lehmann S. 693 Anm. 7, Conrad S. 138.

deshalb nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen.[1])

Gesetzt, ein Geschäftsunfähiger (§ 104) oder ein im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit Befindlicher (§ 105,2) stelle den Scheck aus. Da die Willenserklärungen dieser Personen nichtig sind, und der Akt der Scheckausstellung zweifellos eine Willenserklärung enthält,[2]) so ist ein solcher Scheck nichtig.

Stellt ein Minderjähriger, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 106) oder ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter (§114) einen Scheck aus, so haftet er nur, wenn sein gesetzlicher Vertreter vorher zugestimmt hat (§ 107). Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) des Vertreters könnte eine Haftung nicht begründen, denn die Genehmigung ist nur bei Verträgen zulässig (§ 108 BGB); die Scheckausstellung ist aber ein einseitiges Rechtsgeschäft.[3]) Dagegen wäre bei der als Vertrag aufzufassenden Scheckbegebung die Genehmigung zulässig und begründete die Wirksamkeit des Vertrages (und damit die Haftbarkeit des Minderjährigen). Wendet der minderjährige Scheckaussteller gegen die erhobene Klage Nichtigkeit der Scheckausstellung ein, so ist er für die zur Begründung seines Einwandes vorgebrachten Tatsachen beweispflichtig.[4])

Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt (§ 112). Nach Henschel (S. 12) wird in diesen Fällen die Scheckausstellung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung regelmäßig bedürfen. M. E. wird man aber mit

---

[1]) Begründg. S. 17.
[2]) Kuhlenbeck S. 77.
[3]) Lessing S. 33.
[4]) Conrad S. 35, 36. Buff S. 25.

Conrad [1]) annehmen müssen, daß es Tatfrage ist, ob die Scheckausstellung zum Betriebe des Geschäfts gehört, daß diese in der Regel aber gerade zu bejahen sein wird.

Ausgenommen hiervon sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Von diesen Rechtsgeschäften interessiert hier das in § 1822 Nr. 9 vorgesehene: „Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder zur Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann." Diese Vorschrift löst auf die Scheckfähigkeit des ein Erwerbsgeschäft selbständig betreibenden Minderjährigen eine eigentümliche Wirkung aus. Sie läßt den Inhaberscheck (auch den mit alternativer Inhaberklausel) unberührt. Der minderjährige Geschäftstreibende kann daher Inhaberschecks selbständig ausstellen, ohne daß es hierzu der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte. Der Orderscheck dagegen als „Papier, das durch Indossament übertragen werden kann", unterliegt ihr. Der Minderjährige kann daher Orderschecks nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausstellen (und indossieren). Das Gleiche gilt natürlich für den Vormund eines Unmündigen, Minderjährigen oder Entmündigten.

Für den Wechsel und andere Kreditpapiere hat das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gewiß seinen guten Grund. Der Scheck aber ist kein Kreditpapier, sondern Zahlungsmittel. Die Vorschrift des § 1822 Nr. 9 schafft also in scheckrechtlicher Beziehung einen unangenehmen Rechtszustand, einmal wegen der durch sie hervorgerufenen, jeder inneren Begründung entbehrenden unterschiedlichen Behandlung zwischen Inhaber- und Orderschecks schlechthin, und sodann wegen des lästigen, nutzlosen Erfordernisses vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung beim Order-

[1]) Handbuch. S. 36.

scheck. Man wird daher Breit[1]) nur zustimmen können, wenn er von der Bestimmung des § 1822,9 sagt, sie stehe „dem Bestreben, den Scheck möglichst zu popularisieren", hindernd im Wege.

§ 18. Ferner kann die Haftung des Ausstellers fehlen, wenn die Ausstellung des Schecks auf Grund einer der sg. Naturalobligationen erfolgt ist, jener zahlbaren aber nicht klagbaren Schuldverhältnisse, die auch das BGB in mehreren Fällen kennt. Hervorzuheben sind hier der Ehemäkler- und der Spiel- und Wettvertrag (§§ 656 bezw. 762), die übereinstimmend lauten: „Durch das Versprechen eines Lohnes ... bezw. durch Spiel oder Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat." Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere (bezw. verlierende Teil) zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens (Spiel- oder Wettschuld) dem Mäkler (gewinnenden Teil) gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis. Zu beachten ist hier auch § 817, der von Leistungen spricht, deren Zweck in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, und der dann vorschreibt: die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

In allen diesen Fällen versagt die Regreßklage des Empfängers, wenn die Leistung durch Hingabe eines Schecks erfolgt ist. Zweifellos ist zunächst, daß die Hingabe eines Wechsels, selbst wenn er ausdrücklich an Erfüllungsstatt angenommen ist, als „Leistung" im Sinne der gedachten Bestimmungen nicht anzusehen ist. Das gilt auch vom Scheck.[2]) „Geleistet" ist erst mit Einlösung des Schecks.

---

[1]) DJZ XVII. Jhgg. S. 240.

[2]) Breit b. Holdheim XVII, 2, S. 281.

Ist die Einlösung mangels Guthabens unterblieben und nimmt nun der Scheckempfänger Regreß gegen den Aussteller, so ist er abzuweisen. Denn es lag eben eine Verbindlichkeit, aus welcher der Scheckempfänger gegen den Aussteller klagen könnte, überhaupt nicht vor; dies kann der Aussteller gegen die Klage einwenden (§ 18,2 Gesetz).

Gibt also A dem Ehemäkler B zur Begleichung des versprochenen Mäklerlohnes, oder gibt A für eine Spielschuld dem B einen Scheck, oder besticht A den Beamten B, indem er ihm einen Scheck überreicht, so haftet er dem B in allen diesen Fällen nicht für die Einlösung.[1])

Die Rechte gutgläubiger Dritter aber bleiben unberührt; ihnen gegenüber kann der Aussteller einen Einwand aus der causa der Scheckhingabe nicht geltend machen. Hat B den Scheck an den redlichen C weitergegeben, so dringt C mit seiner Regreßklage gegen den Aussteller durch (§ 123 BGB).

§ 19. Bezüglich des Umfangs der Regreßforderung verweist § 17 Gesetz auf artt. 50—52 WO. Der Inhaber kann also die nicht bezahlte Schecksumme nebst 6% Zinsen vom Verfalltage ab, ev. die Protestkosten und andere Auslagen, sowie eine Provision von ⅓% der Scheckssumme fordern.

Ist der klagende Inhaber ein früherer Indossant oder Namensskribent, der den Scheck im Rücklauf erworben hat, so ist er die von ihm selbst gezahlte Summe nebst 6% Zinsen, die entstandenen Kosten und ⅓% der gezahlten Summe zu fordern berechtigt.[2]) Die Voraussetzung dieses Anspruches, die erfolgte Einlösung des Schecks, wird, wie beim Wechsel, bei Vorlegung des mit dem vorprotestlichen Indossament versehenen Schecks nebst Protest vermutet.[3]) Legt der Kläger statt des Protestes ein Präsentationsattest vor, so ist auch

---

[1]) Kuhlenbeck S. 85. v. Canstein, Der Check. S. 203.

[2]) Merzbacher S. 67.

[3]) Staub—Stranz S. 142 u. die dort. Zitt.

ein solches zur Begründung der Vermutung für ausreichend zu erachten.[1])

Der Regreßpflichtige ist nur gegen Auslieferung des Schecks, der zum Nachweise der rechtzeitigen Vorlegung und Nichteinlösung oder des vergeblichen Versuches der Vorlegung dienenden Urkunden und einer quittierten Rechnung Zahlung zu leisten verbunden (§ 19 Gesetz).

Ein Interesse an der Aushändigung dieser Urkunden werden namentlich diejenigen haben, welche Regreß geleistet haben und sie nun als Beweismittel ihrer Gläubigerrechte gegen ihre Vormänner brauchen. Das Gesetz gibt aber entsprechend a. 54 WO jedem Regreßpflichtigen, also auch dem Aussteller, das Recht, die Auslieferung zu fordern. Fehlt dem Inhaber eine dieser Urkunden, so braucht der Regreßpflichtige nicht zu zahlen.

An dem Präsentationsatteſt wird es am mindesten fehlen, denn dies ist auf den Scheck selbst geschrieben. Eine abhanden gekommene Quittung wird sich leicht von neuem beschaffen lassen. Auch der Neuausfertigung des verlorenen, aber im Protestregister verzeichneten Originalprotestes steht nichts im Wege.[2]) Das Gleiche wird man von einer Wiederholung der abhanden gekommenen ersten Bescheinigung der Abrechnungsstelle sagen dürfen, obgleich diese nur einmal, in dem verlorenen Original, vorhanden war.[3])

Eine Wiederholung des verlorenen Schecks selbst dagegen ist ausgeschlossen. Es könnte statt dessen als Ersatz nur ein Ausschlußurteil gemäß § 27 Gesetz. u. §§ 1017, 1018 ZPO in Frage kommen. Ob ein solches ausreicht, lassen die gesetzlichen Bestimmungen nicht deutlich erkennen. Nach dem Wortlaute des § 19 ist die Frage zu verneinen. Nicht aber nach dem Zwecke des Aufgebotsverfahrens, der „die möglichste Aufrechterhaltung aller Rechte aus der Ur-

---

[1]) Henschel S. 53.

[2]) RG 23, 410.

[3]) Merzbacher S. 72.

kunde“[1]) ist. Darauf aber wird es ankommen. Das Ausschlußurteil soll nach § 1018 dem Verlierer des Schecks trotz des Verlustes die Ausübung der Rechte aus dem Scheck ermöglichen.[2])

Die Verjährungsfristen schließen sich denen der WO (a. 78, 79) im wesentlichen an und sind mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung des Schecks als eines zur Zahlungsvermittelung bestimmten Papiers kurz bemessen. (In Europa zahlbare Schecks verjähren in 3, sonstige in 6 Monaten seit Verfall, § 20.)

Zuständig sind für Regreßklagen, wie überhaupt für Scheckprozesse, sofern sie in erster Instanz vor die Landgerichte gehören, die Handelskammern (§ 28,1), sonst die Amtsgerichte.[3])

3. Die Bereicherungsklage.

§ 20. Durch Verabsäumung rechtzeitiger Vorlegung (§ 11) oder durch Verjährung (§ 20) erlischt der Regreßanspruch, und der Scheckinhaber würde nun an sich den durch die verschuldete Präjudizierung oder Verjährung des Schecks erlittenen Verlust des Scheckrechts zu tragen haben.[4])

Gleichwohl ist er noch nicht hilflos.

Zunächst bleibt der Scheck, auch wenn er als solcher erloschen, was er war: nämlich Anweisung.[5]) Diese Anweisung wird dem Inhaber freilich nicht viel nützen. Rechte ergeben sich aus ihr nicht für ihn, weder gegen den Aussteller, noch (da sie der Annahme ermangelt) gegen den Bezogenen. Der Inhaber könnte diese An-

---

[1]) Staub—Stranz S. 173.

[2]) Conrad S. 228. Henschel S. 58. Buff S. 104 u. die dort Zit. Näheres über Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens, Zuständigkeit, das Scheck-Ausschlußurteil und seine Wirkung s. bei Daude, das Aufgebotsverf. nach Reichs- u. Prß. LR. 1908, § 39 (S. 153 ff.).

[3]) Die Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte kann natürlich nur im ordentlichen Verfahren durchgeführt werden. Ebenso die Bereicherungsklage.

[4]) Rehbein S. 136.

[5]) Kuhlenbeck S. 87. A. A. Lessing S. 164/165. Nach ihm kommt der präjudizierte Scheck „höchstens noch als Beweismittel in Betracht.“

weisung aber auch nach Ablauf der Vorlegungsfrist, ev. wiederholt, dem Bezogenen vorlegen und damit vielleicht (wenn inzwischen Guthaben eingegangen ist) Glück haben. Zur Zahlung *berechtigt* ist der Bezogene jedenfalls.[1])

Sodann hat der Inhaber die zuerst besprochene Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis gegen seinen Scheckgeber. Allein diese Klage kann leicht versagen. So immer bei Annahme des Schecks an Zahlungsstatt.[2]) Oft auch bei der Hingabe zahlungshalber. Denn der Rückgriff auf das Grundgeschäft, sahen wir, ist nur gegen Rückgabe des Schecks gestattet. Kann nun auch der vom ersten Nehmer mit der Zivilklage belangte Aussteller mangels ersichtlichen Interesses am Rückempfang des Schecks in der Regel nicht auf Herausgabe desselben bestehen, so ist doch jeder spätere Schecknehmer, der seinen Scheckgeber mit der Klage aus dem Grundgeschäft belangen will, zur vorherigen Herausgabe des unversehrten Schecks an diesen verpflichtet.[3]) Hat also B den Scheck an C weitergegeben, und will C gegen B auf das Grundverhältnis zurückgreifen, so ist ihm B nur gegen Restitution des noch in voller Scheckkraft stehenden Schecks zu zahlen verbunden. Denn er hat hier das größte Interesse daran, sich nach geleisteter Zahlung an C gegen seinen Vormann aus dem Scheck wenden zu können. Ist der Scheck präjudiziert, so kann er dies nicht mehr, und er wird daher den Anspruch des C aus dem Grundgeschäft ablehnen dürfen.[4]) Das Rechtsverhältnis ist hier anders zu beurteilen als bei der Scheckbegebung.

Steht im übrigen der Erhebung der Zivilklage *rechtlich* ein Hindernis nicht im Wege, so kann sie unter Umständen auch aus tatsächlichen Gründen, z. B. wegen erwiesener Zahlungsunfähigkeit des zu Verklagenden, sich verbieten.

---

[1]) Apt S. 85.
[2]) Conrad S. 277. Buff S. 108.
[3]) Buff S. 110. Conrad S. 276.
[4]) ROHG 17, 27.

So gäbe es Fälle genug, in denen der Scheckinhaber nach Präjudizierung oder Verjährung des Schecks tatsächlich hilflos dastände — wenn er nicht noch einen Rechtsbehelf zur Verfügung hätte. Diesen gewährt ihm unser Gesetz im § 21: Der Aussteller, dessen Regreßverbindlichkeit durch Unterlassung rechtzeitiger Vorlegung oder durch Verjährung erloschen ist, bleibt dem Inhaber des Schecks soweit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde.

§ 21. Die Begründung (S. 31) bezeichnet den Anspruch als Bereicherungsanspruch und bemerkt, daß er dem des a. 83 WO entspreche. Es gilt daher die ganze reiche Literatur und Judikatur zu a. 83, (natürlich nur, soweit sie den Wechselaussteller, nicht auch den Akzeptanten, betrifft) zugleich auch für § 21 Sges. Trotzdem soll hier der Scheckbereicherungsanspruch in seinen Grundzügen behandelt werden.

Sein Wesen ist streitig.

Aeltere Schriftsteller bezeichnen die Wechselbereicherungsklage schlechtweg als Zivilklage und leiten sie aus dem Obligationenrecht her. Die einen von ihnen fassen sie als die Klage aus dem der Wechselbegebung zu Grunde liegenden Schuldverhältnis[1]), die anderen als **condictio**[2]) auf.

Zu den letzteren gehört von den neueren Schriftstellern auch Dernburg[3]): „Die Wechselforderung wandelt sich also in einen zivilrechtlichen Anspruch aus Bereicherung ohne guten Grund."

Beide Ansichten treffen jedoch nicht zu.

Die Wechsel-(Scheck-)bereicherungsklage ist zunächst nicht die Klage aus dem Grundverhältnis: diese unterscheidet sich nämlich — von minder wichtigen Punkten abgesehen — bezüglich der Passivlegitimation und des Zieles so wesentlich von der Scheckbereiche-

---

[1]) Liebe, Allg. dtsch. WO, S. 219 ff.

[2]) Graevell im Arch. f. dtsch Wechselr. Bd. 1 S. 138. Siebenhaar im Arch. f. dtsch Wechselr. Bd. 18 S. 27.

[3]) II, 2 S. 377.

rungsklage, daß sie unmöglich als jener gleichartig aufgefaßt werden kann. Denn die Klage aus dem Grundverhältnis steht, wie gezeigt, dem Scheckinhaber gegen seinen Geber, mit dem ihn ein vinculum iuris verbindet, zu und geht auf Leistung dessen, was der Kläger nach Maßgabe des jeweils vorliegenden Rechtsgeschäftes nach den allgemeinen Vorschriften fordern kann. Die Scheckbereicherungsklage dagegen hat der Inhaber gegen den Aussteller schlechthin, und dieser bleibt „dem Inhaber des Schecks soweit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde."[1])

Die Auffassung der Scheckbereicherungsklage als einer condictio hat schon etwas mehr für sich. Sie läßt sich bei näherer Betrachtung aber auch nicht halten. Denn der Bereicherungsanspruch des BGBs bezweckt die „Ausgleichung einer zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten eingetretenen Vermögensverschiebung".[2]) Es muß also die unmittelbare Verschiebung eines Vermögensbestandteiles aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten stattgefunden haben. Daran fehlt es aber beim Scheckbereicherungsanspruch,[3]) bei welchem der Bereicherte der Aussteller A, der Benachteiligte aber nicht notwendig der Geber der Valuta B, sondern der Inhaber des Schecks, vielleicht Z, ist, und ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Schaden und Bereicherung überhaupt nicht zu bestehen braucht.[4])

Ferner kann man, worauf Kuhlenbeck (S. 88) hinweist, auch nicht ohne Bedenken annehmen, daß der Aussteller auf Kosten des Scheckinhabers „etwas erlangt" habe. Neuerdings hat sodann von Mayr[5]) die Auffassung der Klage aus a. 83 WO als einer nach

[1]) Vgl. ROHG 10, 44.

[2]) RG 48, 143.

[3]) Swoboda im Arch. f. dtsch Wechselr. Bd. 15 S. 296.

[4]) Es versteht sich, daß im konkreten Falle auch sehr wohl die Voraussetzungen des § 812 BGB vorliegen können und daß dann die Klage auch auf diese Bestimmung gestützt werden kann. (Vgl. Dernburg a. a. O. S. 379.)

[5]) S. 72. 73.

den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilenden Bereicherungsklage, einer condictio causa data causa non secuta oder condictio sine causa bekämpft, indem er außer den genannten Gründen folgendes ausführt: „Einmal hat der Nehmer für die dem Aussteller gegebene Valuta den Wechsel empfangen, aus welchem Grunde es hier an der causa futura fehlt; und dann hat die Nichteinlösung des Wechsels ihren Grund weder in einem Verschulden des Empfängers der Valuta, noch in einem Zufall. Aus demselben Rechtsgrunde ist auch die Valuta nicht ohne allen Rechtsgrund im Vermögen des Trassanten . . ., die Leistung weder ohne genügenden Rechtsgrund von Anfang an geschehen noch dieser Grund weggefallen, wenn selbst der Wechsel durch Verjährung oder Präjudizierung wertlos geworden sein sollte."

So stellt der Scheckbereicherungsanspruch „einen selbständigen scheckrechtlichen Anspruch dar, der mit dem bürgerlich-rechtlichen Anspruch des § 812 BGB nicht identisch ist."[1]) —

Auch als eine Schadensersatzklage hat man die Scheckbereicherungsklage charakterisieren wollen. Allerdings setzt unsere Klage einen Schaden des Scheckinhabers voraus. Um aber jemanden auf Schadensersatz zu belangen, ist erforderlich, daß er den Schaden nicht nur verursacht, sondern (nach dem unser Recht beherrschenden Verschuldensprinzip) in der Regel auch verschuldet hat. Die Scheckbereicherungsklage fordert in der Person des zu verklagenden Ausstellers aber weder causa noch culpa damni. Dazu bezweckt die Schadensersatzklage Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249), — die Scheckbereicherungsklage dagegen Herausgabe einer Bereicherung.

Endlich ist die Klage aus a. 83 WO auch als eine ganz neuartige Klage sui generis aufgefaßt worden. So bezeichnet sie Rehbein[2]) als eine eigenartige Klage „ganz positiver Natur", „durch

---

[1]) Conrad S. 276.

[2]) S. 136 Nr. 1.

die WO gewollt, nicht wechselmäßig, mit dem Wechselzuge und der Wechselzirkulation zusammenhängend."

Auch dieser Auffassung können wir, wie die folgenden Erörterungen ergeben, nicht beitreten. Der Anspruch des a. 83 ist „kein neuartiger in dem Sinne, daß er an Stelle des verjährten oder präjudizierten Wechselanspruches tritt."[1])

Alle diese Ansichten verneinen eine wechselrechtliche Seite unseres Anspruches. Eine solche hat er aber zweifellos. Das nimmt auch die herrschende Ansicht an. So spricht z. B. v. Mayr[2]) von geteilten Ansichten über den Bereicherungsanspruch überhaupt nur insofern, als „die einen auch in diesem Anspruch eine „Wechselklage", die anderen dagegen bloß einen „wechselrechtlichen Anspruch im weiteren Sinn erblicken wollen."

Die erstere der beiden hier genannten Ansichten vertritt vor allem v. Canstein[3]), nach dessen Lehre der ursprüngliche Wechselanspruch, nur in seinem Umfange und in prozessualer Beziehung beschränkt, fortbesteht.

Paradox, aber geistvoll durchgeführt und begründet, ist die Ansicht v. Cansteins doch nicht zu billigen. Denn ist auch „der Anspruch des a. 83 ein durch die WO ausnahmsweise eingeräumter wechselrechtlicher Anspruch, so ist er doch nicht identisch mit dem Wechselanspruch selbst. Denn er setzt das Erlöschen des Skripturaktes, der wechselmäßigen Verbindlichkeit, voraus und gründet sich, anders wie die Wechselklagen im eigentlichen Sinn des Wortes, nicht auf ein formales Verhältnis. Daher bedeutet die Umwandlung der Wechselklage in die Klage aus a. 83 eine Klageänderung (ROHG 13, 226) und steht umgekehrt der Wechselbereicherungsklage nicht die Einrede der Rechtskraft aus der Abweisung der Wechselklage entgegen."[4])

---

[1]) v. Mayr S. 74.
[2]) S. 71.
[3]) Lehrb. des Wechselrechts, S. 422 ff.
[4]) v. Mayr S. 73.

So bleibt nur noch die Auffassung der Wechselbereicherungsklage als „wechselrechtlicher Anspruch im weiteren Sinne" übrig. Um mit dem **ROHG** (10,44) zu sprechen:

„Die Bereicherungsklage, welche a 83 WO dem Inhaber eines präjudizierten oder verjährten Wechsels gegen dessen Aussteller oder Akzeptanten gewährt, ist weder eine Schadensersatzklage, noch eine condictio des bürgerlichen Rechts, noch auch die Klage aus dem dem Wechselzuge unterliegenden Wechselgeschäft, (— noch auch, können wir hinzufügen, eine ganz neuartige, noch endlich die ursprüngliche Wechselklage selbst —) sondern ein auf den Umfang der Bereicherung zum Schaden des Inhabers beschränktes Residuum des Wechselanspruches."

Diese Auffassung ist auch die unsere. In der Literatur ist sie reich vertreten, z. B. bei Thöl (Bd. 2, 1878, S. 381), Jacobi (im Arch. f. Wechselr. Bd. 9 S. 36, 48), Renaud (im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 46 S. 363 ff.), Swoboda (im Arch. f. Wechselr. Bd. 15 S. 294 ff.), Staub-Stranz zu a. 83, u. a.

Neuerlich hat sich für dieselbe v. Mayr[1]) erklärt. Auch er findet, daß der Wechselbereicherungsanspruch nur eine durch die Verjährung oder Präjudizierung bewirkte Beschränkung des Wechselanspruches darstelle, und daß er überhaupt kein Bereicherungsanspruch, sondern bloß der auf die Bereicherung beschränkte Wechselanspruch sei, der auf der gesetzlichen Statuierung des bedingten Fortbestandes einer beschränkten Haftung aus dem erloschenen Skripturakte beruhe.

So erfordert unser Anspruch einen bis auf die Präjudizierung oder Verjährung gültigen Scheck, die Legitimation des Klägers als Scheckgläubigers und die Qualität des Beklagten als Scheckschuldners, — Voraussetzungen, die „ausschließlich nach Scheckrecht zu beurteilen und dem Einfluß des bürgerlichen Rechts von vornherein entzogen sind."[2])

---

[1]) S. 74.

[2]) v. Mayr S. 75.

Zu diesem scheckrechtlichen tritt ein zivilrechtliches Element hinzu: die Bereicherung, — ein Begriff, der wieder der Beurteilung nach Wechselrecht entzogen und ausschließlich nach Zivilrecht zu bestimmen ist. Denn für die Bereicherung ist das dem Wechselzuge zu Grunde liegende, von dem abstrakten Wechselversprechen aber gänzlich ignorierte zivile Rechtsverhältnis maßgebend.[1])

§ 22. Der Scheckbereicherungsanspruch ist recht eigentlich der Anspruch des Inhabers gegen den Aussteller. Denn während dem Inhaber die Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis gegen seinen Vormann, die Regreßklage gegen Aussteller und Indossanten bezw. Skripturverpflichtete zusteht, kann die Scheckbereicherungsklage nur immer gegen den Aussteller gerichtet werden.

Der Bereicherungsanspruch setzt auf seiten des Klägers zunächst voraus, daß er Inhaber eines bis auf die Präjudizierung oder Verjährung formell wie materiell gültigen Schecks ist. Die Inhaberschaft muß streng scheckmäßig erlangt sein: der Dieb oder der Finder eines mit Blankoindossament versehenen Schecks wäre zur Bereicherungsklage nicht legitimiert. Dazu muß der Kläger im Besitz des Schecks sein, denn er muß ihn zum Nachweis seiner Aktivlegitimation auf Verlangen vorlegen können. Im Falle des Verlustes erachtet auch hier die herrschende Ansicht die Beibringung eines Amortisationserkenntnisses für zulässig.[2])

Weiterer Voraussetzungen bzgl. des Schecks selbst oder der Inhaberschaft durch den Kläger bedarf es nicht. Liegen sonstige Fehler vor, ist etwa ein Orderscheck von einem Minderjährigen ohne die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ausgestellt (S. 41), hat der Kläger den Scheck durch Betrug erlangt u. ä., so ist deren Geltendmachung Sache der Einrede.[3])

---

[1]) Staub—Stranz zu a. 83 § 1. RG 44, 79 und ROHG 11, 60.

[2]) Dernburg S. 378. Conrad S. 276. Buff S. 110. Bernstein S. 339. 341. Staub—Stranz, a. 83 Anm. 2 u. 15. Rehbein S. 140.

[3]) Apt S. 119. Merzbacher S. 79. Staub—Stranz a. 83 A. 2.

Sodann muß der Scheckinhaber einen Schaden erlitten haben. Die Frage, worin der Schaden besteht, ist bestritten: Es stehen sich eine Valuta- und eine abstrakte Schadenstheorie gegenüber. Nach der ersteren besteht der Schaden im Verluste der für den Scheck hingegebenen Valuta, nach der letzteren in dem durch die Präjudizierung oder den Verfall eingetretenen Verlust, der sich aus dem Scheck ergebenden Rechte.

Zweifellos hat die Valutatheorie auf den ersten Blick viel für sich: Schaden kann nur der Scheckinhaber erlitten haben, der für den Scheck seinem Scheckgeber Valuta gegeben hat und nun für seinen verunglückten Scheck nichts bekommen soll. Wer für den Scheck keine Valuta aufgewendet hat, kann auch durch sein Erlöschen nicht geschädigt werden. Diese Ansicht ist in der Literatur vielfach vertreten, vornehmlich von Dernburg.[1])

Sie erscheint jedoch nicht zutreffend. Denn unser Gesetz spricht nur von einer Haftung des Ausstellers gegenüber dem Inhaber insoweit, „als er sich mit dessen „Schaden" bereichern würde", kennt also nur einen abstrakten Schadensbegriff, während das ALR, auf welches Dernburg seine Ansicht gründet, allerdings ausdrücklich von den dem Inhaber wider den Aussteller bleibenden „Rechten wegen der gezahlten Valuta" redet.

Dagegen wird die abstrakte Schadenstheorie dem Gesetz nach Wortlaut und Sinn vollauf gerecht. Sie ist auch von den meisten Schriftstellern vertreten[2]) und muß als die herrschende gelten.

Hiernach ist zum Begriff des Schadens also nicht erforderlich, „daß der Kläger für den Scheck Valuta gegeben hat und diese ver-

---

[1]) S. 378: „. . . Doch was aus den Worten folgt, kann allein nicht entscheiden. Was geht den Erwerber des Wechsels die Deckung als solche an? Nur die Rückforderung des für den Wechsel Geleisteten hat eine zulängliche Grundlage in der mutmaßlichen Meinung der Beteiligten und in der Natur der Sache. Hierfür spricht namentlich auch die Quelle der Bestimmung, das ALR."

[2]) v. Canstein, Lehrb. des Wechselrs., S. 434, Bernstein S. 340, Swoboda im Arch. f. d. Wechselr. Bd. 15 S. 299. Staub—Stranz a. 83 § 5. Lessing S. 165.

liert.... Er liegt auch für den vor, dem der Scheck *geschenkt* ist", der ihn durch Erbgang oder sonst titulo lucrativo erworben hat.[1]) Denn immer hat der Kläger ein Forderungsrecht eingebüßt.[2])

Aber ist der Inhaber nun auch durch Verlust seines Scheckrechts geschädigt worden, so fragt es sich weiter, ob er trotzdem einen „Schaden" im Sinne des Gesetzes erlitten haben kann, wenn er noch in der Lage ist, sich auf eine andere Weise schadlos zu halten.

Viele Schriftsteller gewähren teils stillschweigend, teils ausdrücklich den Bereicherungsanspruch schlechtweg, ohne Rücksicht darauf, ob der Inhaber noch einen anderen Rechtsbehelf zu seiner Befriedigung offen hat oder nicht.[3])

Bedenkt man aber, daß „Schaden" doch nichts anderes, als die nachteilige Veränderung der Rechtslage einer Person bedeutet, und daß bei dem Inhaber des verjährten oder präjudizierten Schecks, der zur Erlangung seiner Scheckforderung noch eine andere — vielleicht noch bequemer als die Scheckbereicherungsklage durchzuführende — Klage hat, ein Nachteil doch nirgends ersichtlich ist, so *ist* er tatsächlich *nicht* geschädigt.

Man wird deshalb m. E. den Scheckbereicherungsanspruch dem Inhaber nur unter der Bedingung einräumen dürfen, daß ihm ein sonstiges Rechtsmittel zur Erlangung des gleichen Zweckes *fehlt*.[4])

---

[1]) Lehmann § 155 Anm. 6.

[2]) Dagegen ist derjenige, der den Scheck als Gewinner im Spiel vom Verlierer erhalten hat, deshalb nicht geschädigt, weil er kein Forderungsrecht gegen den Aussteller hat (§ 762, 2 BGB). — Ein solches Forderungsrecht hat aber wiederum der gutgläubige spätere Nehmer. Vgl. v. Mayr S. 183. 508.

[3]) Dernburg S. 378. v. Canstein, Lehrbch. S. 434. Swoboda a. a. O. S. 297. Thöl S. 380.

[4]) Staub—Stranz a. 83 A. 7, 8. Bernstein S. 341. Lehmann § 155 Anm. 6. Conrad S. 276. Lessing S. 165, 166. Buff S. 110; Simonson in DJZ XIII S. 1000. RG 44, 79. ROHG 15, 321.

Der Scheckbereicherungsanspruch ist eben nur bestimmt, ein subsidium in Ermangelung sonstiger Ansprüche zu bilden.[1])

Als solche, die Scheckbereicherungsklage ausschließende Klage kommt im allgemeinen nur die aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis in Frage. Wann diese Klage versagt (und damit also der Scheckbereicherungsklage Platz macht), ist bereits einleitend (S. 46) erörtert.

§ 23. Auf Seiten des Beklagten (Ausstellers) wird vorausgesetzt, daß er mit dem Schaden des Klägers (Inhabers) bereichert ist.

Auch der Begriff der Bereicherung ist streitig.

Die einen finden sie in der Befreiung des Ausstellers von seiner Deckungs-, andere in seiner Befreiung von der Regreßpflicht, noch andere in der empfangenen Valuta.

Vertreter der erstgenannten Ansicht ist namentlich Thöl[2]), indem er ausführt: „Der Aufwand des Trassanten, um die Zahlung der Wechselsumme zu bewirken und also dier Zahlung der Regreßsumme zu entgehen, besteht in der Deckung. Diese spart er, wenn die Zahlung der Wechselsumme ausbleibt. Dafür muß er aber die Regreßsumme zahlen. Wenn er diese nicht zu zahlen braucht, so ist er bereichert um die Deckung."

Dieser Ansicht hat sich auch das ROHG (XI, 60) angeschlossen und den Gegenstand der Bereicherung „in der ersparten Deckung des Bezogenen" bestehen lassen.[3])

Die ThölschenAusführungen sind aber m.E.nicht einwandsfrei und überzeugen nicht. Dagegen spricht hauptsächlich, daß die Bereicherungsklage, wie das ROHG a. a. O.[4]) selbst hervorgeht, eine posi-

---

[1]) Henschel S. 60. 61. Buff S. 109. Staub—Stranz a. 83 A. 30. — Die gegenteiligen Ausführungen in RG 48, 142 beziehen sich auf die zivilrechtliche Bereicherungsklage § 812 BGB.

[2]) S. 387 Note 12.

[3]) Ebenso Merzbacher S. 79.

[4]) Vgl. auch ROHG 23, 260.

tive Bereicherung des Beklagten voraussetzt. Eine Ersparnis aber ist doch keine positive Bereicherung.[1])

Die Richtigkeit der Thölschen Ansicht kann indes m. E. für unsere Betrachtung hier dahingestellt bleiben. Thöl spricht vom Wechselbereicherungsanspruch. Dieser ist aber bei aller sonstigen Uebereinstimmung gerade in dem hier fraglichen Punkte des Deckungsverhältnisses vom Scheckbereicherungsanspruch wesentlich verschieden. Denn beim Wechsel führt regelmäßig der Aussteller als Deckung einen Bestandteil seines Vermögens aus diesem heraus und in das Vermögen des Bezogenen hinein.

Beim Scheck dagegen liegt die Deckung in dem Guthaben des Ausstellers bei seinem Bankier. Auch wenn der Scheckaussteller noch soviel Deckung an seinen Bankier gegeben hat, so hat er diese nach Präjudizierung oder Verjährung des Schecks — anders als beim Wechsel — doch immer „erspart".[2])

In der ersparten Deckung kann also die Bereicherung des Scheckausstellers nicht liegen.

Ebensowenig aber auch in der ersparten Regreßsumme, wie Canstein[3]) meint. Hiergegen spricht zunächst wieder, daß eine Ersparnis keine (positive) Bereicherung ist; dann aber auch besonders der schon von Thöl[4]) angeführte Grund, daß „sonst dem Inhalt nach dieselbe Forderung, welche fehlt und an deren Stelle eine Forderung mit einem anderen Inhalt treten soll, wieder gegeben wäre, nur unter einem anderen Namen, statt Regreßklage: Bereicherung."

---

[1]) Bernstein S. 342, Staub—Stranz, a. 83.

[2]) Diesen Gedanken spricht auch Conrad S. 277 Anm. 322 aus: „. . . Eine Exemplifizierung dieser Auffassung der Bereicherung des Wechselausstellers auf diejenige des Scheckausstellers verbietet sich, durch die Verschiedenartigkeit der Beziehungen zwischen Wechselaussteller und Wechselbezogenen einerseits und Scheckaussteller und Scheckbezogenem andrerseits."

[3]) Lehrbch. S. 424.

[4]) S. 387 Note 12.

So bleibt nur die Auffassung übrig, daß die Bereicherung des Ausstellers in der empfangenen Valuta liege. Diese Ansicht herrscht auch in der Literatur vor.[1])

Der Aussteller muß also, um „bereichert" zu sein, notwendig bei Begebung des Schecks eine Gegenleistung, Valuta, empfangen haben.[2]) In dieser Leistung liegt die Bereicherung. Denn da für den Scheck nichts bezahlt und die Regreßpflicht des Ausstellers erloschen ist, so hat er für die empfangene Valuta eine Gegenleistung nicht bewirkt und kann auch auf Bewirkung einer solchen nicht belangt werden. Die Valuta aber, (das Pferd für Mk. 1000) behält er in seinem Vermögen; um diese bezw. ihren Wert ist er bereichert. Erfolgt die Scheckbegebung des Ausstellers schenkungshalber oder zur Bezahlung einer Spielschuld, so kann von einer Bereicherung keine Rede sein. Es ist überhaupt Tatfrage und in jedem einzelnen Falle unter Prüfung des Grundverhältnisses festzustellen, o b und in welcher Höhe der Aussteller bereichert ist. Auf das Deckungsverhältnis — wie beim akzeptierten Wechsel zur Feststellung der H ö h e der Bereicherung — kommt es hier beim Scheck nicht an. Die Bereicherung des Ausstellers liegt eben lediglich darin, daß er unentgeltlich für den Scheck ein Aequivalent empfangen hat, daß, wie Conrad[3]) es kaufmännisch treffend ausdrückt, „ein Scheck, den er zum Zwecke einer Zahlung begeben hat, seinem Konto nicht belastet worden ist."

Nun kann der Scheckaussteller leicht durch die verspätete Vorlegung einen S c h a d e n erleiden. Man muß dabei an den Fall denken, daß nach Ablauf der Vorlegungsfrist der Bezogene in Konkurs geraten, der Aussteller dadurch sein Guthaben (aus dem bei rechtzeitiger Vorlegung des Schecks die Einlösung glatt erfolgt wäre)

---

[1]) Staub—Stranz zu a. 83. Bernstein S. 342. Swoboda a. a. O. S. 298 Dernburg S. 378.

[2]) Rießer, Bemerkungen. S. 27, Conrad S. 277, Buff S. 110.

[3]) S. 277. Ebenso Lessing S. 166. Vgl. Kuhlenbeck S. 89 u. Merzbacher S. 79.

mehr oder weniger eingebüßt hat und nun der Bereicherungsklage gegenüber neue Deckung schaffen muß. Da nun die Bereicherung des Beklagten nach unserer Auffassung in dem Plus liegt, welches sein Vermögen durch das Scheckgeschäft gegenüber seinem früheren Bestande aufweist, so darf man eine Bereicherung des Beklagten in Höhe des erlittenen Schadens nicht annehmen. Der Aussteller kann vielmehr seinen Schaden dem klagenden Inhaber gegenüber in Anrechnung bringen und seine Bereicherung insoweit verringern. Dabei kommt es dann natürlich auf ein Verschulden des Inhabers, wie im Falle des Rückgriffs auf die Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, nicht an.[1])

Irgend ein Zusammenhang zwischen Schaden und Bereicherung ist nicht erforderlich. Wenn in unserem Beispiel A dem B für das gekaufte Pferd einen Scheck über 1000 Mark gibt und B nach Präjudizierung oder Verjährung die Bereicherungsklage gegen A anstellt, so würden hier Schaden und Bereicherung im engsten Zusammenhange stehen, denn sie entspringen unmittelbar dem zwischen Kläger und Beklagten bestehenden Rechtsverhältnis des Kaufes. Das ist aber nicht nötig. Ebensogut kann C, der den Scheck von B, oder Z, der ihn von Y erhalten hat, gegen A klagen, wenn er nur einen Schaden in dem gedachten Sinne erlitten, A eine solche Bereicherung empfangen hat.

§ 24. Das Ziel der Klage ist die Herausgabe der Bereicherung, und zwar, da die Klage eine Scheckklage ist, in barem Gelde.[2])

§ 25. Beweispflichtig für die klagebegründenden Tatsachen ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Kläger. Er hat also den präjudizierten oder verjährten Scheck vorzulegen, seinen Schaden und des Beklagten Bereicherung[3]) darzutun. Der letztere Nachweis frei-

[1]) Conrad S. 277. Henschel S. 61. Cohn in Z. f. das ges. H- u. Kkr. Bd. 60 S. 101. A. A. anscheinend Merzbacher S. 79.

[2]) Staub—Stranz zu a. 83.

[3]) A. A. v. Canstein, Lehrbuch S. 423 Anm. 5.

lich wird dem Kläger, weil auf dem ihm meist unbekannten Rechtsverhältnis zwischen Aussteller und Remittenten beruhend, unter Umständen große Schwierigkeiten bereiten, vielleicht unmöglich sein.[1])

Eine wesentliche Erleichterung dieser Beweislast bot noch (wie auch schon der Entwurf v. 1892 in § 19,2) „der vorläufige Entwurf eines Scheckgesetzes" (Reichsanzeiger Nr. 166) im § 20,2 durch die Bestimmung: „Der Aussteller gilt bis zum Beweise des Gegenteils als in Höhe des Scheckbetrages bereichert."

Im Interesse des Scheckinhabers ist die Nichtaufnahme dieser Präsumtion gewiß zu beklagen. In jeder anderen Hinsicht ist sie aber gutzuheißen. Denn das Fehlen der Präsumtion und die darin liegende Erschwerung des letzten Ersatzanspruches des Scheckinhabers sind ein gutes Mittel, ihn zu rechtzeitiger Vorlegung des Schecks zu erziehen, überhaupt auf eine gewissenhafte Beobachtung der wichtigsten scheckrechtlichen Vorschriften im Publikum hinzuwirken und damit dann schließlich auch, wie Kuhlenbeck) sagt, „den Scheck vor der Gefahr der Entartung zu einem Kreditpapier zu sichern."[3])

4. Die Schadenersatzklage.

§ 26. Endlich kann noch ein Schadenersatzanspruch des Scheckinhabers gegen den Aussteller begründet sein.

Das Scheckgesetz selbst schweigt darüber. Der Entwurf v. 13. 7. 07 enthielt jedoch — wie auch schon der sg. Regierungsentwurf von 1892 im § 20 — eine besondere Bestimmung über den Schadenersatz. Es hieß da im § 21: „Wird der Scheck nicht eingelöst, so

[1]) Thöl S. 378. Kuhlenbeck S. 89.

[2]) S. 89.

[3]) Auch die Kritik des Entw. v. 1907 war der Präsumtion des § 20, 2 nicht günstig und forderte überwiegend ihre Streichung. So sagt Hoppenstaedt (der Scheckgesetzentwf. v. 1907, S. 24, 25): „. . . auch liegt kein ausreichender Grund vor, die in Abs. 2 ausgesprochene Verschiebung der Beweislast im Gegensatz zum Wechselrecht festzustellen. Wer einen Scheck nicht rechtzeitig vorlegt, muß die Verschlechterung seiner Lage auf sich nehmen; er kann keinen besonderen Rechtsschutz beanspruchen." Vgl. Rießer im BA VII S. 280, Anm. 10 a.

haftet der Aussteller unter der Voraussetzung der Einhaltung der Vorlegungsfrist dem Inhaber für den aus der Nichteinlösung entstehenden Schaden, wenn er entweder:

1. bei Begebung des Schecks wußte oder ohne grobes Verschulden wissen mußte, daß ihm zu dieser Zeit ein Guthaben, welches zur Einlösung des Schecks und der von ihm auf denselben Bezogenen etwa begebenen anderen Schecks ausreicht, bei dem Bezogenen nicht zustand, oder
2. nach Begebung des Schecks über das Guthaben in der Absicht verfügt hat, die Einlösung zu vereiteln . . ."

Zweck dieser scheckrechtlichen Sonderbestimmung über den Schadensersatz war (nach den Motiven des Entw. v. 1892), die Haftung des Ausstellers zu *verschärfen*.

Allein dieser Zweck wäre durch die Vorschrift nicht erreicht worden. Denn § 21 statuierte die Haftpflicht nur „unter der Voraussetzung der Einhaltung der Vorlegungsfrist", schloß also einen Schadensersatzanspruch aus präjudizierten Schecks überhaupt aus. Ferner wäre die Vorschrift infolge der Schwierigkeit, die Vereitelungs*absicht* festzustellen, praktisch kaum durchführbar, und sie würde in der vorliegenden Fassung sogar insofern einen Fehler enthalten, als der Aussteller als Guthaben ja Werte, die ihm auch noch zu anderen Zwecken als denen der Scheckziehung dienstbar sein sollen, haben kann, deren beliebige Abhebung der Bezogene unter der Herrschaft der Anweisungstheorie nicht ändern kann. Es wäre auch an der Vorschrift zu tadeln gewesen, daß sie für die Haftung des Ausstellers den Zeitpunkt der Scheck*begebung* und nicht den der Vorlegung beim Bezogenen maßgebend sein läßt.[1])

Im Hinblick hierauf hat die Kritik denn auch die Bestimmung des § 21 fast einmütig verworfen und darauf hingewiesen, daß die allgemein bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Schadensersatz ausreichend und zweckentsprechend seien.

---

[1]) Hoppenstaedt S. 25. 26. Rießer im BA VI S. 280. Simonson in DJZ S. 1000. Loeb S. 26.

§ 27. Derm ist der Gesetzgeber gefolgt. Er hat den § 21 des Entwurfes gestrichen und die Beantwortung der Schadensersatzfrage damit dem BGB überlassen: „. . . Der Einführung besonderer zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche bedarf es nicht. In der Regel wird der Regreßanspruch . . . genügen, um den Inhaber schadlos zu halten. Was aber die Fälle betrifft, in denen durch die Nichteinlösung des Schecks ausnahmsweise ein größerer Schaden entstanden ist, so kommt in Betracht, daß dem ersten Schecknehmer gegenüber der Aussteller in der Regel schon aus dem Begebungsvertrage für das Vorhandensein eines zureichenden Guthabens im vollen Umfange verantwortlich ist; andererseits sind auch die späteren Inhaber durch die allgemeinen Grundsätze des BGB über unerlaubte Handlungen genügend geschützt (§ 823 Abs. 2, 826 BGB, i. V. m. § 263 StrGB)."[1])

Ein wirklicher Schaden wird nach Lage der Verhältnisse in der Tat nur selten durch einen ungedeckten Scheck entstehen können. Daß der Inhaber eines nicht eingelösten Schecks nach erfolgreicher Geltendmachung des oder der betr. Ersatzansprüche in vielen Fällen allerlei kleine Nachteile wird konstatieren können, die ihm bei prompter Scheckeinlösung erspart geblieben wären (Zeitverluste, Mühewaltung, nicht erstattungsfähige Aufwendungen und Auslagen), liegt auf der Hand. Hierbei wird es sich aber stets nur um unbedeutende Vermögensschäden handeln, die als Gegenstand einer Schadensersatzklage nicht in Betracht kommen. Dazu bedarf es vielmehr eines durch die Nichteinlösung entstandenen „größeren Schadens." Und für solche Fälle gewährt das Gesetz ausreichende Ersatzansprüche.

Gibt z. B. A als Schuldner dem B einen Scheck, dessen Vorlegungsfrist am 1. 10. abläuft, und kann B infolge Nichteinlösung bis dahin seine fälligen Hypothekenzinsen nicht zahlen, und wird ihm nun die Hypothek gekündigt — oder kann er infolgedessen bei einem am 2. Oktober stattfindenden Versteigerungstermin nicht mit-

---

[1]) Begründg. S. 20.

bieten usw., so würde ihm A für erlittenen Schaden bezw. entgangenen Gewinn haften. (§ 249 ff.).

Diese Haftung des A würde sich dem B als erstem Nehmer gegenüber auf den Begebungsvertrag stützen, wonach A Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 276). Ist die Haftung für Fahrlässigkeit durch besondere Uebereinkunft ausgeschlossen worden, so würde dann freilich auch ein Schadensersatzanspruch wegen Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein.

Verweigert der Bezogene aus einem anderen Grunde als wegen Guthabenmangels die Einlösung schuldhafterweise und schädigt er dadurch den Inhaber, so kann dieser unter Umständen ebenfalls den Aussteller in Anspruch nehmen. Der Aussteller haftet dann aus dem Gesichtspunkte des § 278 BGB.[1])

Ist der geschädigte Inhaber ein späterer Nehmer (C), so würde im Hinblick auf die hier anzuwendenden §§ 826, 823[2] zunächst zu untersuchen sein, ob der Aussteller sein Guthaben vorsätzlich oder fahrlässig überzogen hat. Nur im ersteren Falle käme ein Schadensersatzanspruch in Frage: die fahrlässige Begebung kann zum Schadensersatz nicht verpflichten, denn es könnte sich hier nur um die Verletzung eines obligatorischen Rechts handeln. Die Klage ließe sich nur auf § 823[1] (Verletzung eines „sonstigen Rechts" eines anderen) stützen. Obligatorische Rechte gehören aber herrschender Ansicht zufolge nicht zu den „sonstigen Rechten" i. S. des § 823[1].[2])

Anders bei der vorsätzlichen Begebung ungedeckter Schecks.

Gibt A einen Scheck aus, obwohl er weiß, daß ihm beim Bezogenen kein oder kein ausreichendes Guthaben zusteht, so begeht er

---

[1]) Breit, Pflichten und Rechte des Bankiers, S. 23.

[2]) Kuhlenbeck S. 45. Vgl. dagegen Hoffmann im BA IV, 9 S. 135: „. . . Ist der Scheck deshalb falsch, weil dem Aussteller ein Scheckguthaben garnicht oder doch nicht in der erforderlichen Höhe zusteht, so ist selbstverständlich der Aussteller jedem Schecknehmer, wie dem aus Irrtum etwa einlösenden Bezogenen schadensersatzpflichtig, gleichviel, ob er arglistig oder fahrlässig gehandelt hat . . ."

Betrug. Die Scheckformel sagt ausdrücklich: Die . . . Bank wolle zahlen gegen diesen Scheck *aus meinem Guthaben* an Herrn B . . . . Die an den Bezogenen gerichtete Anweisung des Ausstellers, „aus seinem Guthaben" eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, ist ein unerläßliches Scheckerfordernis. Der Guthabenpassus ist zu deutlich, um vom Aussteller mißverstanden werden zu können. Seine wissentliche und gewollte Verletzung enthält in der Regel die Tatbestandsmerkmale des Betruges (§ 263 StrGB). Damit verstößt der Aussteller gegen ein den Schutz des Inhabers bezweckendes Gesetz und ist ihm deshalb zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 823²).

Bisweilen kann freilich auch trotz vorsätzlicher Ueberziehung des Scheckguthabens ein Betrug bei dem komplizierten Tatbestande dieses Delikts ausgeschlossen sein. Dann läge aber immer noch ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, und der Aussteller haftete dem Inhaber aus § 826.

Diese Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Scheckinhabers auf die Klagen aus §§ 823²., 826 ist, wie Kuhlenbeck[1]) zutreffend bemerkt, „eine notwendige Konsequenz des vom Gesetz festgehaltenen bloßen Anweisungscharakters der Scheckbegebung und der Ablehnung der Zessionstheorie."

---

[1]) S. 46.